



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

HUGO MONTEIRO JÁCOME

**A IGUALDADE ENTRE OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS
COMPANHEIROS E DOS CÔNJUGES**

Brasília

2013

HUGO MONTEIRO JÁCOME

**A IGUALDADE ENTRE OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS
COMPANHEIROS E DOS CÔNJUGES**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito no Centro Universitário de Brasília

Orientador: Einstein Lincoln Borges Taquary

Brasília

2013

HUGO MONTEIRO JÁCOME

**A IGUALDADE ENTRE OS DIREITOS SUCESSÓRIOS DOS
COMPANHEIROS E DOS CÔNJUGES**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em
Direito no Centro Universitário de Brasília

Orientador: Einstein Lincoln Borges Taquary

Brasília, 10 de setembro de 2013.

Banca Examinadora

Prof. Orientador

Prof. Examinador

Prof. Examinador

Dedico este trabalho à minha família que com muito amor e união conseguiu superar todas adversidades que ao longo do tempo apareceram, restando forças, inclusive, para me ajudar e incentivar quando eu mais precisei.

RESUMO

O Código Civil de 2002 determinou a maneira em que se dará a o direito sucessório na união estável, deixando, entretanto, lacunas que aos poucos vem cobertas pela doutrina e pela jurisprudência. Os aspectos gerais da união estável e do direito das sucessões será apresentado, para se verificar a evolução e como o tema é disposto nos dias atuais. O objetivo do presente trabalho é apresentar uma visão crítica da maneira que o legislador abordou o tema, bem como apresentar a maneira que os magistrados decidem os casos concretos nos mais diversos tribunais brasileiros. O estudo será concentrado em analisar a forma que a doutrina aborda o tema, desde suas origens até a abordagem atual, além de verificar o sentido dos entendimentos jurisprudenciais. Deste modo, a intenção da pesquisa é apresentar ao leitor uma visão geral do instituto da união estável e, principalmente, seus efeitos sucessórios, para ao fim, apresentar os entendimentos jurisprudenciais à respeito do tema.

Palavras-Chave: União Estável. Direitos Sucessórios. Evolução Histórica. Artigo 1.790. Inconstitucionalidade. Entendimento Jurisprudencial.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
1 O direito sucessório e a união estável.....	7
1.1 Aspectos gerais do direito sucessório	9
1.2 Aspectos gerais da união estável	14
2 O tratamento conferido ao companheiro supérstite dentro do direito das sucessões	20
2.1 A regulamentação da sucessão entre companheiros antes do Código Civil – Leis 8971/94 e 9278/96	20
2.2 O advento do Código Civil de 2002 e a regulamentação dos direitos sucessórios dos companheiros sobreviventes	21
2.2.1 Os direitos sucessórios dos companheiros dentro do Código Civil de 2002	22
2.2.2 A restrição à participação do companheiro na herança apenas no que tange aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável	23
2.2.3 A concorrência do companheiro com os herdeiros necessários	25
2.2.4 O posicionamento do companheiro sobrevivente dentro da ordem de vocação hereditária	29
2.3 O companheiro como inventariante.....	30
3 O posicionamento jurisprudencial quanto aos direitos sucessórios do companheiro	32
3.1 A existência de descendentes comuns e exclusivos do autor da herança	32
3.2 A constitucionalidade do artigo 1.790, incisos III e IV do Código Civil.....	33
3.3 A nomeação do companheiro como inventariante	43
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48
ANEXOS	50

INTRODUÇÃO

A união estável, marginalizada durante longos períodos, vem sendo reconhecida a partir dos diplomas legais mais recentes. De acordo com essa evolução, é correto que o legislador venha a igualar os direitos entre os companheiros e os cônjuges no âmbito sucessório?

A igualdade entre os direitos se encontra fundamentada no momento em que a Constituição Federal busca facilitar a conversão dos conviventes em casamento, não havendo entre os institutos qualquer ordem hierárquica.

O objetivo do presente trabalho é a discussão a respeito do posicionamento do companheiro supérstite na sucessão do companheiro falecido, buscando igualar seus direitos aos dos cônjuges, por serem ambos forma de entidade familiar que devem ser protegidas pelo Estado.

O primeiro capítulo busca as origens do instituto da união estável, sendo esta uma evolução do que era o antigo concubinato. Se demonstra que tal relação se dividia em duas formas e dentre elas havia o concubinato puro, que evoluiu se tornando o que é chamado de união estável.

Percebe-se, ainda, a crescente presença do instituto na sociedade, tornando-se inevitável sua regulamentação, uma vez que por muitos anos a união formada fora do casamento era discriminada e contra os preceitos da Igreja Católica, dificultando, assim, qualquer abordagem pelos legisladores. Entretanto, com o advento de regulamentações e, principalmente, do reconhecimento através da Constituição Federal de 1988 passou a ser reconhecida e ser objeto de proteção pelo Estado.

Aborda, também, os aspectos do direito sucessório, demonstrando a dúvida quanto ao seu surgimento no mundo jurídico, tendo, apenas, a configuração de que foi o instituto que mais sofreu mutações dentre todos os ramos do direito civil.

Nestes termos, mostra como se deu a evolução, demonstrando os seus aspectos dentro do direito romano, onde toda a sucessão se dava a partir do testamento deixado pelo *de cujus*, e a inexistência deste considerava-se uma vergonha para o falecido. Enquanto isso, no direito germânico, havia a sucessão

legítima, acreditando que o patrimônio deixado pelo finado deveria permanecer com os parentes, sendo que a legislação demonstraria a forma e a proporção em que a partilha seria feita.

O segundo capítulo demonstra as normatizações trazidas pelo legislador ao longo do tempo, com a evolução das leis anteriores à Constituição Federal, bem como a promulgação da Carta Magna e o reconhecimento da união estável. Há, ainda, a demonstração dos requisitos e das abordagens legais em que se tratavam acerca do direito sucessório, trazendo todos seus aspectos determinados pela legislação.

Posteriormente, há a demonstração de como se dará, em caso de morte de um dos companheiros, a sucessão pelo que permaneceu vivo. São abordadas todas as características, em que momento se dará a sucessão, a parcela que será conferida ao companheiro, bem como a forma em que esta será partilhada com os demais herdeiros.

Após abordar as legislações anteriores ao Código Civil, segue com a explicação de como foi tratado com a publicação do referido Código, onde se dá início a discussão em torno do que foi traçado pelo legislador nos dispositivos referentes à sucessão do cônjuge e do companheiro. É analisado todo o artigo, desde seu posicionamento dentro do capítulo da sucessão em geral, passando pela maneira com que se dá a concorrência com a filiação, prosseguindo com o posicionamento do companheiro na ordem sucessória. Demonstra-se que este vem depois dos colaterais, enquanto o cônjuge se posiciona na sequência dos ascendentes. Finaliza com a forma que se posicionará o companheiro como inventariante e os requisitos a serem preenchidos para que este ocupe esta posição.

Cabe ao terceiro capítulo a demonstração do posicionamento da jurisprudência através de acórdãos proferidos dos mais variados tribunais. São travadas discussões importantes para um tema bastante controverso. As contrariedades encontradas na doutrina são repetidas nos julgados, não havendo, portanto, um posicionamento pacífico nos Tribunais. Resta demonstrado o entendimento majoritário com suas nuances específicas em cada caso. Ressalvas importantes são feitas pelos magistrados e trazidas ao presente trabalho, de modo a clarear e buscar o convencimento em seus votos.

1 O direito sucessório e a união estável

A união estável, instituto derivado do concubinato, traz em seus contornos, muitos aspectos controvertidos, dentre elas a forma em que se dará a sucessão entre os companheiros. Desta forma, há muita confusão nos moldes em que o legislador abordou o tema, cabendo à jurisprudência e à doutrina o preenchimento das lacunas deixadas.

1.1 Aspectos gerais do direito sucessório

O objetivo inicial do homem com o direito sucessório não derivava do cunho patrimonial, mas de um íntimo de continuidade da vida da pessoa falecida. Conforme exposto por Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 4) o homem, nos mais diversos períodos e em qualquer que fosse sua crença, sempre acreditou em uma transcendência ao término da vida.

Não há na doutrina uma certeza do momento em que surge a sucessão. É algo já enraizado na cultura da sociedade que apenas foi se aperfeiçoando ao longo do tempo. Washington de Barros Monteiro (2011, p. 12) corrobora tal entendimento, afirmando que o instituto parece não ter um início, passando a impressão de ser algo já ligado aos laços da família, tendo apenas uma continuidade ao longo do tempo, sem ponto de início.

Isto posto, reflete no surgimento do direito sucessório o objetivo de continuidade de vida, bem como da permanência dos vínculos familiares e religiosos. Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 21) expõe que o direito sucessório tem sua origem nos tempos mais primórdios e tem como fundamento a manutenção do núcleo familiar e religioso. A sociedade encontrou no direito sucessório, portanto, uma forma de expressar a crença de que há uma continuidade mesmo com o final da vida em terra.

Diante da incerteza do momento do surgimento do instituto dos direitos sucessórios, o que se tem de concreto é a evolução que este sofreu. O que existe hoje é fruto de constantes mudanças ocorridas ao longo do tempo. Washington de Barros Monteiro (2011, p. 12) sintetizou que a formatação que hoje o instituto

possui, difere totalmente dos pilares firmados primitivamente. Conclui, ainda, que foi o instituto que mais sofreu mudanças e alterações ao longo do tempo dentre todos os ramos do direito civil. No mesmo sentido aponta Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 2) em que afirma que o direito sucessório foi o que teve a maior quantidade de alterações ao longo do tempo, diferentemente do que ocorreu no direito das obrigações e direitos reais.

As mudanças ocorreram das mais diversas formas, tendo muitas de suas características extintas. Um exemplo destas era a herança exclusivamente em benefício do filho homem. Washington de Barros Monteiro (2011, p. 12) demonstra que a prevalência aos homens praticamente não ocorre mais, tendo sido excluída de grande parte dos ordenamentos jurídicos atuais, possuindo aplicação apenas na Escócia, na Sérvia e no Direito Islâmico. Neste modelo, havendo sido deixados filhos e filhas, apenas os homens herdavam. Acrescenta, ainda, que a exclusão destas se dava ou em virtude de lei ou por renúncia forçada, onde era obrigada a devolver sua quota parte em troca de um singelo dote.

Outra mudança apontada por Washington de Barros Monteiro (2011, p. 12 e 13) é a não mais existente preferência ao filho primogênito. De acordo com o doutrinador, neste modelo o filho primogênito recebia a integralidade da herança, objetivando que o núcleo familiar permaneça em torno dele. Assim sendo, o filho mais velho teria pra si grandes fortunas, enquanto os demais deveriam se subordinar a este, para que não restassem jazidos à pobreza.

Mais nítida se torna a evolução, portanto, ao se analisar o que era disposto em um passado bem remoto, com instituição das Leis Sálica e Vocônia, por exemplo. Ambas dispunham sobre a exclusão da mulher na herança, sendo a primeira delas onde apenas aos homens eram atribuídos propriedades imobiliárias, enquanto na outra era vedado a inclusão das mulheres nos testamentos. Washington de Barros Monteiro (2011, p. 12) traz a fundamentação:

“A Lei Sálica, que apenas contemplava os varões na distribuição da propriedade imobiliária, constituía típico exemplo dessa injustiça social. Assim também a Lei Vocônia, inspirada por Catão no intento de colocar um freio à dissipação e a independência das mulheres e que vigorou em certo período do direito romano, as privava de capacidade passiva; mas essa lei, que contrariava a equidade e a própria natureza, logo foi revogada.”

Ultrapassado a evolução histórica sofrida pelos direitos sucessórios, torna-se importante uma análise do sentido e da compreensão do que vem a ser o vocábulo sucessão. Roberto Senise Lisboa (2010, p. 313) definiu como sendo a substituição de uma pessoa por outra, podendo ser física ou jurídica, em que esta “assume todos os direitos e obrigações do substituído, pelos modos aquisitivos existentes”. Há que se fazer, porém, a distinção entre duas formas de substituição, conforme Sílvio de Salvo Venosa (2009, p. 1) explica. Uma é fruto de um ato entre vivos, tendo o contrato como exemplo, enquanto a outra se baseia na *causa mortis*, tendo nesta o fundamento do direito sucessório.

Compreendido o que vem a ser a sucessão, torna-se necessária a delimitação das formas em que se dão essa sucessão, quais sejam, as legítimas e as testamentárias. Arnoldo Wald (2012, p. 34) fundamenta as duas formas de sucessão, definindo como legítima aquela em que não houve declaração de vontade do *de cuius*, tendo, portanto, a divisão de seu patrimônio seguindo a previsão legal, enquanto a sucessão testamentária se dará nos moldes definidos pelo falecido em testamento.

A sucessão realizada através de testamento, remonta ao direito romano. Para estes, o *de cuius* antes de seu falecimento deveria apontar a forma como seus bens seriam partilhados. Washington de Barros Monteiro (2011, p. 14) sintetiza que os romanos tinham grande respeito ao testamento. Neste documento o falecido deveria dispor de todo seu patrimônio. O referido autor ainda define como uma grande vergonha para aqueles que morriam sem que houvessem deixado testamento.

O direito germânico, por outro lado, tinha no direito sucessório a caracterização de um maior vínculo familiar e sanguíneo. Em seu ordenamento o patrimônio deveria permanecer no âmbito familiar, tendo a própria legislação definido quem seriam os contemplados com os bens deixados pelo *de cuius*. Para Washington de Barros Monteiro (2011, p. 14), os germânicos tinham a ideia de que os herdeiros são escolhidos por Deus. Há, ainda de acordo com o autor, uma citação em latim que traduz a ideia dos germânicos de que os verdadeiros e únicos herdeiros são aqueles que possuem vínculo sanguíneo, o *heredes gignuntur, non scribuntur*.

O ordenamento jurídico brasileiro promoveu uma mescla entre o modelo germânico e o romano. Deste modo, a legislação dispõe que na ausência do testamento, a sucessão se dará na forma legítima. Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 23) sintetiza que em caso de ter sido deixado testamento, o desejo do *de cujus* será atendido, enquanto na falta do documento haverá a sucessão legítima. Havendo, entretanto, herdeiros necessários somente será possível a disposição da metade dos bens na sucessão testamentária, por restar a estes a sua quota legítima.

O instituto está presente na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXX, por meio do qual está assegurado o direito de herança.

Além da garantia constitucional à herança, diversas leis foram implantadas com o objetivo de melhor orientar a forma em que se darão as relações sucessórias. Tanto o Código Civil, como estas leis editadas foram necessárias para a melhor compreensão acerca do tema. Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 24) expõe que além da garantia ao direito de herança, o poder constituinte pátrio conferiu, em seu artigo 227, §6º da Constituição Federal, a igualdade de direitos a todos os filhos, sendo ou não havidos no casamento. O doutrinador ainda expõe outras leis elaboradas antes do advento do Código Civil de 2002, que trouxeram disposições acerca dos direitos sucessórios. As leis n. 8.971, de 29 de dezembro de 1994, n. 9.278 de 10 de maio de 1996 e a de n. 10.050, de 14 de novembro de 2000. Posteriormente, em 10 de janeiro de 2002, houve o advento do Código Civil disciplinando o tema.

Fábio Ulhôa Coelho (2010, p. 241), então, define o Direito das Sucessões como:

“O direito das sucessões disciplina a destinação do patrimônio da pessoa física após sua morte. Melhor dizendo, contempla as normas que norteiam a superação de conflitos de interesses envolvendo a destinação do patrimônio de pessoa falecida. Sua matéria, portanto, é a transmissão causa mortis.”

Enquanto a Constituição Federal garante o direito à herança, o Código Civil de 2002 regulamenta o tema, tratando o direito sucessório em quatro títulos. As disposições se iniciam no artigo 1784, se prolongando até o artigo 2027. Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 29) traduz a ordem em que o tema é disposto no diploma legal, sendo o primeiro deles a tratar da sucessão em geral, seguido da

sucessão legítima e testamentária, finalizando com o inventário e a partilha. Esta é, portanto, a forma em que o tema está abarcado na legislação.

Está disposto no Código Civil, a sucessão legítima, a qual é tratada no artigo 1.788 do Código Civil, que define que em caso de morte de pessoa sem testamento, os bens serão transmitidos aos herdeiros legítimos. Da mesma forma serão tratados os bens que não forem compreendidos no testamento. Em caso de testamento nulo ou quando houver caducidade, a herança também se dará da forma legítima. Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 67) aduz que é o meio mais frequente de transmissão de bens por *causa mortis*, por não ser tão difundida a sucessão testamentária.

Já a sucessão testamentária é apenas regulamentada pelo Código Civil, não sendo conceituada por este. O testamento é feito com o objetivo de dar força ao desejo daquele que faleceu. Nesta espécie, o testador dispõe de seus bens conforme sua vontade, respeitando apenas os ditames legais. Ainda citando Caio Mário da Silva Pereira (2009, p. 67), este conceitua que o “testamento é o ato pelo qual uma pessoa dispõe de seus bens para depois de sua morte, ou faz outras declarações de última vontade.”. Resta apenas indicar que o testamento poderá tratar sobre qualquer vontade do testador, não apenas se atendo apenas ao cunho patrimonial. E, por fim, é necessário salientar que o testador poderá testar apenas metade de seu patrimônio, restando a outra parte aos sucessores legítimos, sendo vedada herança testamentária sobre todo patrimônio do testador, caso haja algum sucessor legítimo. Para melhor elucidação, Washington de Barros Monteiro (2011, p. 20) aduz “que absoluta não é a liberdade de testar, como outrora sucedia no primitivo direito romano. Atualmente, pelo nosso direito, se o testador tem herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes e cônjuge sucessíveis (art. 1845), somente poderá dispor da metade de seus bens (art. 1.789).”.

Portanto, conforme indicação de Fábio Ulhoa Coelho (2010, p. 246) a classificação dos herdeiros será feita em legítimos, que serão àqueles em que a lei vai indicar a forma em que virão a suceder o falecido e os testamentários, que foram abarcados pela declaração de última vontade do autor, desde que dispostos, no máximo, metade da herança.

1.2 Aspectos gerais da união estável

A união estável como é entendida nos tempos atuais, é uma derivação do que é o concubinato. Este instituto, como era entendido anteriormente tem sua origem muito remota, sendo, inclusive, reconhecida por muitos dos diplomas legais de várias sociedades bem antigas. Paulo Lôbo (2011, p. 168) aborda em sua obra que o concubinato era considerado uma espécie de casamento inferior. Cita, ainda, que o concubinato, apesar de ser repellido pela Igreja Católica, se fez presente nas Ordenações Filipinas, inclusive garantindo certos direitos em favor das mulheres em caso de relações duradouras. A evolução se deu, portanto, desde a forma em que é abordada em nosso ordenamento. Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 602) sintetizou que “a união prolongada entre o homem e a mulher, sem casamento, foi chamada, durante longo período histórico, de concubinato”.

É importante frisar a distinção feita pelo legislador entre os institutos do concubinato e da união estável. Apesar de uma ter dado origem a outra, em nada se confundem nos dias atuais. São situações extremamente diferentes, com regulamentações distintas. Enquanto uma é vista com normalidade na sociedade, hoje já não mais abordada com preconceitos, a outra é uma relação mal vista na sociedade, eivada de vícios legais e, desde sempre, tratada como imoral. Arnaldo Wald (2013, p. 398 e 399), portanto, traz em sua obra importantes distinções entre os institutos. De acordo com o doutrinador, não é possível a confusão entre os institutos, uma vez que na união estável não há impedimentos para o matrimônio, enquanto no concubinato a união é realizada por pessoas que não podem se casar. Isto posto, o doutrinador define a união estável como àquele instituto que fora denominado anteriormente de concubinato puro.

Diante disto, é possível chegar a conclusão de que existiam duas formas de concubinato. O concubinato puro, que hoje é definida como a união estável, e o impuro. Conforme explicação de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 605 e 606), esta segunda forma de concubinato como sendo aquelas viciadas, caracterizadas pelas relações adulterinas, onde a pessoa é casada e se relaciona com outro. O concubinato impuro ou expúrio, segundo Roberto Senise Lisboa (2010, p. 183) se definia em entre pessoas de sexos opostos e que possuía estabilidade, não podendo, entretanto, se efetivar em casamento por algum impedimento. O

doutrinador ainda dividiu esta espécie de concubinato em duas classificações, quais sejam, o concubinato adulterino, onde pelo menos um dos dois se encontrava casado com outra pessoa, e o concubinato incestuoso, onde o impedimento era resultado de ligações de parentesco, impedindo, assim, o casamento civil.

A união estável nos moldes atuais, portanto, não se refere às pessoas impedidas de contrair o matrimônio. Neste ponto se encontra a dissolução entre a união estável e o concubinato. Enquanto o instituto da união estável não existe quando há impedimentos para o matrimônio, o outro se configura justamente pela existência destes impecilhos. É o que se depreende após análise das escritas de Paulo Nader (2010, p. 498). O doutrinador continua, informando que o ponto de convergência entre os institutos se dá na continuidade. Para que se configurem, não é possível o caráter de eventualidade. Entretanto, apesar do ponto em comum, não é possível a confusão entre os dois institutos.

Paulo Lôbo (2011, p. 168), em sua obra, conceitua a união estável como:

“Entidade familiar constituída por homem e mulher que convivem em posse do estado de casado, ou com aparência de casamento (*more uxorio*). É um estado de fato que se converteu em relação jurídica em virtude de a Constituição e a lei atribuírem-lhe dignidade de entidade familiar própria, com seus elencos de direitos e deveres. Ainda que o casamento seja sua referência estrutural, é distinta deste; cada entidade é dotada de estatuto jurídico próprio, sem hierarquia ou primazia.”

A união estável por muito tempo foi marginalizada e desconsiderada por legisladores, doutrinadores e magistrados. Durante muito tempo, de acordo com Paulo Nader (2010, p. 493) não houve qualquer reconhecimento a este instituto, uma vez que o núcleo da sociedade era a família, que por sua vez remetia ao casamento. Se em algum momento houvesse a determinação de direitos às uniões estáveis, estaria se relativizando o casamento, enfraquecendo, portanto, o núcleo familiar.

A inserção da união estável à Constituição Federal de 1988 somente ocorreu após longo período de “discriminação e desconsideração legal”, conforme Paulo Lôbo (2011, p. 168). Até então visto como concubinato, não era aceito na sociedade a partir do entendimento da Igreja Católica. Inclusive o Estado sendo considerado laico, não eram determinados os efeitos jurídicos existentes a partir da

união estável. Ainda de acordo com o doutrinador, a inexistência do divórcio nos regimes legais, surgido apenas em 1977, fazia crescer o número de concubinos.

De modo a elucidar o preconceito auferido à união estável, Gustavo Rene Nicolau (2011, p. 20) enumera o tratamento dado pelas constituições brasileiras anteriores à de 1988.

Nicolau (2011, p. 20) expõe que a Constituição Imperial de 1824 não determinava o casamento como única maneira de se constituir família, tendo, entretanto, em seu texto que a religião Católica era a religião do Império. Assim sendo, a Igreja Católica tinha como único modo de entidade familiar o casamento, que deveria ser realizado junto à Igreja.

Alteração importante ocorreu com o Decreto 181, de 24 de janeiro de 1890, o qual permitiu o casamento civil. De acordo com Nicolau (2011, p. 20), a única forma de gerar família, mesmo a partir do decreto, seria com o casamento.

A Constituição de 1891 reconhecia exclusivamente o casamento civil, enquanto as Constituições de 1934, de 1937, de 1946, de 1967 e com a Emenda n. 1, de 1969, conferiam proteção especial ao casamento, única forma reconhecida de constituição de família. Conforme dispõe Gustavo Rene Nicolau (2011, p 21), a família só teria a proteção do Estado, em caso de ser fundada no casamento.

Diante de todo este preconceito histórico, conforme entendimento de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 603), resultando em grandes dificuldades ao legislador em se conferir direitos as relações de união estável, coube, e cabe até os dias atuais, à jurisprudência, mesmo que vagarosamente em se interpretar a legislação de uma forma a minimizar os danos causados àqueles que escolheram este modelo de criarem e cultivarem suas famílias. Continua seus ensinamentos ditando que a legislação previdenciária deu início aos direitos das concubinas, onde os Tribunais passaram a conferir outros direitos. Um exemplo é a possibilidade de a concubina passar a ser meeira naqueles bens em que auxiliou na aquisição.

Necessário se fazia esta mudança de entendimento. Não era mais possível que a união estável permanecesse à margem. Entretanto, não houve uma mudança significativa e radical à forma em que era tratada. As mudanças foram ocorrendo lentamente, passo a passo, conforme Paulo Lôbo (2011, p. 169) explica.

Todas as alterações foram feitas aos poucos, tendo a jurisprudência significativa importância, para achar formas de ultrapassar as barreiras legais e encontrar formas de proteger estas situações corriqueiras na sociedade.

Dando continuidade e força às decisões jurisprudenciais que já vinham ocorrendo, o Supremo Tribunal Federal edita a súmula 380, que segundo Paulo Nader (2010, p.494) ocorreu em sessão plenária de 3 de abril de 1964, conferindo àqueles que possuem algum patrimônio fruto de um esforço comum o poder de partilha do bem adquirido. Paulo Nader (2010, p. 494) explica, ainda, que apesar de não reconhecer a “institucionalização do concubinato”, atribuía efeitos obrigacionais a estes relacionamentos. A súmula 380 possui o seguinte conteúdo:

“Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível sua dissolução judicial com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum”

Conforme Paulo Lôbo (2011, p. 169) destaca, é importante ressaltar que, neste contexto, existiam óbices na legislação, não sendo possível, portanto, a consideração do concubinato como entidade familiar. O que o Supremo Tribunal Federal fez, foi buscar no direito das obrigações a sociedade de fato e aplicar ao caso concreto. Assim, passaram os, ainda, concubinos a ter direito de partilhar o patrimônio em caso de aquisição por esforço comum.

Diante de todo o exposto, observa-se que a legislação e a doutrina foram se amoldando a este instituto, atribuindo-lhe características de verdadeira entidade familiar. Conforme Flávio Tartuce (2013, p. 263) traduz, é uma forma de se constituir família, muitas vezes preferencialmente escolhida em face do casamento. Diante disto o legislador, aos poucos, editou normas conferindo-lhes direitos. Exemplos são citados, ainda, pelo doutrinador, como o Decreto-lei 7.036, por meio da qual a companheira se torna beneficiária da indenização em caso de acidente de trabalho do companheiro, a Lei de Registros Públicos, que permite à companheira o uso do sobrenome do companheiro. Ainda a existência das súmulas 380 e 382 do Supremo Tribunal Federal.

A grande alteração se deu, entretanto, com a Constituição Federal de 1988, onde em seu artigo 226, §3º há a configuração da união estável como entidade familiar. Diante das anotações de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 606), a partir daí, a união estável é protegida pela lei, e deve ter sua facilitação na

conversão em casamento, passando a ter uma nova abordagem no ordenamento jurídico.

A Constituição Federal, portanto, facilitou a conversão da união estável em casamento. Não quis ela, entretanto, conferir melhor condição ao convivente em relação ao cônjuge. Nos dizeres de Roberto Senise Lisboa (2010, p. 191), a Carta Magna não quis conceder privilégios, mas apenas a consolidação da relação estabelecida entre pessoas de sexos distintos. Importante, ressaltar, ainda de acordo com o autor, a forma em que se dará esta conversão. Para que seja efetivada como casamento, em qualquer tempo, há que se dirigir ao oficial do registro civil, reconhecendo seus requisitos formais.

A partir do reconhecimento constitucional da união estável, passando a ser objeto de proteção do Estado, torna-se necessária o tratamento mais humano ao instituto, à medida em que as relações familiares devem ser pautadas sob o princípio da dignidade da pessoa humana. Nestes termos Gustavo Rene Nicolau (2011, p. 57) se manifesta:

“O ser humano que opta pela formação de uma família fora dos rígidos moldes do matrimônio também deve receber atenção e zelo do legislador ordinário, dedicando-se uma cadeia protetiva e organizada de princípios, presunções legais e – em certos casos – equiparações ao casamento. O estado civil de convivente, direitos sucessórios claramente estabelecidos, proteção contra alienação de bens do consorte, direitos securitários são alguns dos itens que merecem ser tratados na próxima fase evolutiva. Tal proteção destina-se, em última análise, a pacífica existência do próprio Estado, tendo em vista representar a família seu núcleo básico e semente de todas as demais interações sociais.”

De acordo com Paulo Lôbo (2011, p. 170), com o reconhecimento constitucional da união estável, foram efetivadas novas normas para dispor acerca desta nova espécie de entidade familiar. As Leis n. 8.971 de 1994 e a n. 9.278 de 1996 tinham como escopo a regulamentação da união estável. Ali estavam dispostos os requisitos para se adquirir a união estável, bem como a obrigação de prestar alimentos, tratava sobre a sucessão do companheiro, além de outros direitos e deveres oriundos desta relação familiar. Entretanto, estas normas não foram bem formuladas, deixando lacunas e contrariedade entre uma e outra.

Com o advento do Código Civil de 2002, a união estável passa a figurar no Livro IV, de Direito de Família. Possui algumas inovações em confronto com as

leis anteriores, mas permaneceu com boa parte do que fora regulado anteriormente, conforme dispõe Caio Mário da Silva Pereira (2010, p. 588).

De qualquer forma, as referidas leis restaram revogadas, uma vez que estão disciplinados os seus aspectos no Código Civil de 2002 em cinco artigos, quais sejam, entre o 1.723 e o 1.727, entendimento este dado por Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 608). Há, ainda, o disposto no artigo 1.790 do Código Civil, no Livro das Sucessões, que retrata a maneira que se dará os efeitos patrimoniais sucessórios.

Muitas dúvidas, entretanto, permaneceram, apesar das disposições do Código Civil de 2002. Paulo Nader (2010, p. 496) cita um projeto de lei em tramitação no Congresso Nacional como meio de acabar com as lacunas deixadas pelo referido Código. Tal legislação teria como função o aprimoramento das normas existentes no Código, com a exclusão, portanto, das normas em branco.

Entretanto, a regulamentação da união estável se dá através do Código Civil, que, em seu artigo 1.723, dispõe dos requisitos para a concretização desta espécie de entidade familiar. Conforme Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 608), não há prazo para que se determine a união estável, mas outros requisitos como a “convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família.

2 O tratamento conferido ao companheiro supérstite dentro do direito das sucessões

Com o crescimento dos casos de união estável, outrora denominado de concubinato, e a evolução das relações afetivas no cotidiano da sociedade, o legislador passou a ter que intervir de maneira mais contundente. Isto posto, houve a promulgação de leis objetivando a melhor organização da matéria. Entretanto, muitas lacunas ainda subsistiram, trazendo consigo muitas dúvidas e decisões controversas dos magistrados.

2.1 A regulamentação da sucessão entre companheiros antes do Código Civil – Leis 8971/94 e 9278/96

Anteriormente à normatização do tratamento dado aos companheiros supérstites no direito das sucessões pelo Código Civil, houve o reconhecimento e a organização do instituto por duas leis, sendo elas a lei 8.971, de 29 de dezembro de 1994 e a lei 9.278, de 10 de maio de 1996, proporcionando aos companheiros a possibilidade de estes participarem da herança de seus companheiros falecidos na forma que esta regulamentou. Diante dos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 135) percebe-se uma incerteza ainda presente, por ora se referir como companheiros, ora como conviventes. Tais normas traziam em suas escritas a participação do companheiro na herança do *de cujus* de forma concorrente com os herdeiros preferenciais, quais sejam os descendentes e os ascendentes. Desta forma, o companheiro possuía preferência em relação aos parentes colaterais.

As duas leis publicadas antes do advento do Código Civil de 2002 se preocuparam em reconhecer a união estável como entidade familiar. Asseguraram, posteriormente, o direito do companheiro em herdar. Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 188) analisou individualmente cada uma das leis, identificando que a primeira delas inseriu o companheiro ou companheira de maneira que permanecesse com a integralidade da herança, em caso de inexistência de descendentes ou ascendentes. Para tanto, havia a necessidade de comprovação de uma série de requisitos. Dentre estes, a necessidade de prova da efetiva união por cinco anos e que fosse entre pessoas solteiras ou separada judicialmente,

divorciada ou viúva. O prazo temporal era dispensável em caso de prole decorrente da relação.

Ao elucidar a referida lei, Paulo Nader (2010, p. 158) diz que estava garantido o direito de usufruto ao companheiro sobrevivente sobre a quarta parte dos bens da herança, desde que houvesse descendente. Sendo os bens deixados aos ascendentes, ou seja, na ausência dos descendentes, o direito ao usufruto se dava sobre a metade dos bens. Restando claro, entretanto, que a referida cláusula não se operava em caso de haver nova união.

Com referência a segunda das normas publicadas à respeito do tema, qual seja, a lei n. 9.278, Paulo Nader (2011, p. 158) identifica que não houveram profundas mudanças, ocorrendo apenas a complementação da anterior. Dentre as normas acrescentadas, existe a que determina o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente. Este direito se dava sobre a residência da família e era em caráter vitálico. Respeita-se, contudo, a resolução em caso de ocorrência de nova união. Determinou-se, ainda, que os bens móveis e imóveis adquiridos ao longo da união estável pertenciam aos dois companheiros, por resultar de um esforço comum. Não se verificava tal condomínio em caso de determinação diversa, através de instrumento escrito.

Percebe-se uma controvérsia na doutrina acerca da revogação, ou não, das referidas leis com o advento do Código Civil de 2002. Enquanto alguns autores acreditam na revogação tácita das leis por completo, outros acreditam que só houve a derrogação nos termos em que houve expressa disposição acerca de determinados assuntos. Para melhor elucidar, observa-se o entendimento, por exemplo, de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 188 e 189) dispõe que houve a completa revogação, uma vez que a matéria foi incluída por completo no Código Civil de 2002. Já Paulo Nader (2011, p. 158) acredita que o Código Civil derogou apenas alguns pontos, preservando a vigência de ambas naquilo em que não foi disposto.

2.2 O advento do Código Civil de 2002 e a regulamentação dos direitos sucessórios dos companheiros sobreviventes

Conforme observado, as leis anteriores ao Código Civil de 2002 abordaram aspectos importantes das relações extra-matrimoniais, contudo

permaneceram inertes sobre pontos relevantes. Com o advento do Código Civil, muitos pontos em branco foram solucionados, restando, entretanto, dúvidas em áreas fundamentais. Além disto, muitas foram às críticas trazidas à tona com relação à forma que foi abordada pelos legisladores.

2.2.1 Os direitos sucessórios dos companheiros dentro do Código Civil de 2002

São praticamente pacíficas na doutrina as críticas feitas ao legislador ao abordar as questões pertinentes aos direitos de herança do companheiro supérstite. Muitas das críticas feitas às leis anteriores permaneceram ao se promulgar o Código Civil de 2002, bem como algumas foram ampliadas com as novas intervenções do legislador.

Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 137) critica veementemente o legislador, pela forma em que foi disposto a sucessão em caso de união estável. Para o referido autor, o primeiro grande problema da regulamentação dada pelo Código diz respeito ao posicionamento, dentro do Livro de Direito das Sucessões, dos direitos dos companheiros. O legislador colocou o único artigo a tratar do tema dentro do título da sucessão em geral, enquanto o correto seria posicionar no momento de tratar a respeito da sucessão legítima, devendo, portanto, o companheiro figurar entre os herdeiros legítimos. E mais, enquanto a legislação anterior era mais abrangente, o legislador conferiu apenas um artigo a tratar de um assunto extenso e complexo, em que trouxe uma superficialidade extremamente indesejável.

Da mesma forma, Flávio Tartuce (2013, p. 209) critica o posicionamento a respeito da matéria dentro do Código. A mesma crítica é feita, de modo que o tema não deveria estar alocado nas disposições gerais da sucessão, mas sim no Título II, a que se refere da Sucessão Legítima.

Nestes termos, os direitos sucessórios dos companheiros se encontram no artigo 1.790 do Código Civil, estando presente no título referente ao direito das sucessões, conforme explicação de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 190).

2.2.2 A restrição à participação do companheiro na herança apenas no que tange aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável

A matéria relativa aos direitos sucessórios dos companheiros encontra-se regulamentada no art. 1790 do Código Civil. Se identifica, portanto, diante da leitura dos ensinamentos de Roberto Senise Lisboa (2010, p. 378), que já no *caput* do aludido artigo há uma restrição feita pelo legislador a possibilitar ao companheiro sobrevivente a participação na herança apenas dos bens adquiridos onerosamente na constância da União Estável.

O Código Civil de 2002, trouxe em seu artigo 1.725 o regime de bens a ser adotado na união estável, em caso de inexistência de disposição diversa, qual seja, o regime da comunhão parcial de bens. Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 630) traz a lembrança que anteriormente, na vigência da lei 9.278/96, foi determinada que estava presumida a colaboração entre os companheiros, nos bens adquiridos na constância da união estável. Importante salientar que tal presunção não é absoluta, podendo ser comprovada a contrariedade. Tal entendimento não esteve expressamente escrito no artigo 1.725 do Código Civil, embora o regime de bens adotado como legal para a união estável o determine. Conclui-se, portanto, que há que se respeitar o direito dos companheiros à meação destes bens, uma vez que pertence à ambos os companheiros.

O legislador definiu que o regime de bens a ser adotado pelo companheiro será o da comunhão parcial de bens. Nestes termos, os bens acrescidos ao patrimônio ao longo da relação, serão considerados em esforço comum, restando, portanto, à divisão do bem. Isto posto, em caso de sucessão do companheiro, será este contemplado com a meação do bem. Além de figurar como meeiro, o companheiro participará junto aos herdeiros anteriormente posicionados na ordem de vocação na partilha destes bens. Esta forma em que está disciplinada a matéria é alvo de diversas críticas por parte dos doutrinadores, como, por exemplo, Roberto Senise Lisboa (2010, p. 379):

“A sucessão apenas beneficia o convivente sobre os bens adquiridos onerosamente durante a vigência da união estável. Como milita, no entanto, a presunção de onerosidade no negócio jurídico porque o acordo de vontades benéfico deve ser interpretado restritivamente (art. 114 do CC) somente reputar-se-ão não

transmitidos ao convivente sobrevivente os bens adquiridos pelo de cujus por força de sucessão por morte ou em decorrência de ato ou negócio jurídico gratuito.

Percebe-se um tratamento diferenciado indesejado ao convivente na sucessão, se contrastado com o dispensado ao cônjuge sobrevivente.

Ambos têm direito à meação, por se tratar de matéria relativa ao direito de família. Contudo, ao preceituar normas sobre o direito sucessório, o legislador viabiliza a sucessão em favor do convivente em qualquer situação, bastando que o cônjuge sobrevivente não concorra à sucessão pelas razões do art. 1.830 e que a aquisição dos bens tendo sido feita a título oneroso, durante a vigência da união estável.

Já o cônjuge supérstite nem sempre sucederá, quando o autor da herança tiver deixado descendentes e o regime de bens do casamento civil à época da morte inviabilizar o concurso à herança. Tem-se a impressão, destarte, que a nova Lei Civil regulou a matéria de forma açodada e discriminatória, desprestigiando o casamento e desfavorecendo os interesses do cônjuge sobrevivente. É mais vantajoso, nessa situação jurídica, ser convivente do que possuir o status de cônjuge supérstite remanescente de um casamento sob o regime de bens de comunhão universal, de separação obrigatória de bens ou de comunhão parcial sem a existência de bens particulares do autor da herança.”

Resta claro, portanto, a infelicidade que o legislador teve ao abordar a herança do companheiro supérstite, colocando-o de maneira mais vantajosa em relação ao cônjuge. Além disto, a forma em que o legislador dispôs o tema resta controvertida. Isto posto, Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 139) expõe a forma a ser interpretada a sucessão na união estável, elencada no artigo 1.790, de modo a se evitar prejuízos aos companheiros. Para o referido autor, ao se referir aos incisos III e IV, a forma correta de se interpretar o vocábulo “herança” é de maneira abrangente, não se atendo apenas à forma que está contida no *caput*. Esta distinção entre a abordagem inicial e a que segue no inciso, de acordo com o doutrinador, fere a boa técnica legislativa, uma vez que a forma em que é disposta no *caput* deveria ser aplicada em seus incisos.

Conclui-se, portanto, ainda de acordo com Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 139) que os incisos III e IV do artigo 1.790 do Código Civil, ao tratar da herança, dispõe sobre a integralidade dela, não havendo que se falar apenas em bens adquiridos onerosamente no decorrer da união estável, evitando-se, por exemplo, que em casos de não haverem parentes sucessíveis, a herança se dê por vacante.

Nestes termos, chega-se à conclusão, conforme Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 192), que a forma em que o legislador abordou os direitos do companheiro, se deu de maneira a privilegiar o instituto em alguns momentos, como a participação e a meação nos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, enquanto em outros é abordado de forma que resta prejudicado, tendo como exemplo, no momento da concorrência com os parentes colaterais.

2.2.3 A concorrência do companheiro com os herdeiros necessários

A concorrência do companheiro com os herdeiros necessários, no que concerne aos bens adquiridos na constância da união estável, também é alvo de duras críticas. Já foi exposto que em relação a estes bens, o companheiro já é possuidor do direito à meação. Para melhor compreensão, Washington de Barros Monteiro (2011, p. 116) explica que o art. 1.790 confere a participação do companheiro em concorrência com os demais herdeiros da ordem de vocação hereditária, na forma dos incisos do referido dispositivo. Portanto, com o falecimento do de cujus e a posterior abertura da sucessão, se dará a concorrência nos seguintes moldes: em havendo filho comum, terá direito a mesma parcela deste; sendo o filho unicamente do de cujus, caberá ao companheiro metade do que couber aos filhos do falecido; e não havendo descendentes, concorrerá com os demais parentes sucessíveis restando ao companheiro sobrevivente um terço da herança.

Se observa a partir da leitura do artigo 1.790 do Código Civil a maneira em que se dará a sucessão do companheiro em concorrência com os demais parentes do *de cujus*. Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 141) critica a utilização do termo filhos comuns, no primeiro inciso. De acordo com o que se busca explicitar, o mais correto deveria ser o uso do vocábulo descendentes comuns. O legislador, segundo o autor, descreveu assim no segundo inciso, utilizando-se do vocábulo descendente, não incorrendo no erro cometido anteriormente. Evita-se, assim, que os netos do *de cujus* se enquadrem na situação de demais parentes sucessíveis, abarcados no inciso III do aludido artigo.

Portanto, diante da maneira como deverá ser interpretado o inciso I do art. 1790, caberá ao descendente comum a sucessão por cabeça, sendo conferida ao companheiro igual parcela. Segundo Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 152), no momento da partilha, a herança se divide em partes iguais entre os filhos e o companheiro.

Em se tratando, porém, de descendentes apenas do companheiro falecido, a concorrência caberá ao companheiro supérstite em metade daquilo que lhes for designado. Sendo a divisão feita nos moldes da explicação de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 195), ou seja, o que for entregue ao companheiro, será devido em dobro ao descendente.

A maior confusão gerada a partir da concorrência do companheiro com os descendentes se dará, entretanto, quando se tratar da existência tanto de descendentes comuns, quanto apenas do autor com terceiro. O Código Civil de 2002 não abordou esta possibilidade, cabendo à doutrina e à jurisprudência encontrar a forma mais correta para solucionar os casos concretos. Diante dos ensinamentos de Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 195), tal erro já havia ocorrido quando o legislador tratou da sucessão do cônjuge.

De modo a elucidar a questão, o autor em referência traz as possibilidades elencadas pela doutrina, para que se aplique aos casos concretos não abarcados pela legislação. A primeira vertente divide os herdeiros em dois grupos, separando de um lado àqueles descendentes comuns, com a participação do companheiro e recebendo a parcela que a lei lhes determina, enquanto do outro lado, se colocariam os descendentes exclusivos do *de cujus* em concorrência novamente com o companheiro, nos moldes legais.

A outra maneira de se repartir, ainda de acordo com o doutrinador, seria a igualdade entre todos os descendentes. Ou todos sendo considerados comuns, ou todos sendo considerados exclusivos do autor da herança.

Conclui o doutrinador, que apesar de serem propostas, estas duas fórmulas são duramente combatidas e criticadas. A primeira por dar aos descendentes do *de cujus* tratamento desigual, o que é vedado por norma constitucional, qual seja, o art. 227, §6º, consagrado como princípio da não discriminação entre filhos havidos do casamento ou fora dele. Enquanto a crítica ao

segundo modelo é a falta de amparo legal, bem como seria contrário a um dispositivo, aquele não adotado do inciso I ou II do art. 1790. Portanto, caberá aos magistrados consolidarem o entendimento a ser aplicado, enquanto não há uma disposição legislativa a respeito do tema.

A melhor forma descrita por Sílvio de Salvo Venosa (2010, p. 153) é a segunda apontada anteriormente. Dispõe que a solução seria a divisão igualitária entre todos os filhos em conjunto com a companheira, restando a todos parcela igual. Apesar de não estar isento de dúvidas e faltar amparo legal, é a mais justa, uma vez que não é possível a distinção havidas entre os filhos, sendo garantido constitucionalmente os direitos iguais aos filhos havidos no casamento ou fora dele. Tenta, portanto, como os demais autores, preencher a lacuna deixada pelo legislador.

Da mesma maneira entende Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 141 e 142), acreditando que a forma mais justa é a que mais beneficia o companheiro supérstite. Nestes termos, o mais correto seria a divisão igualitária entre todos os filhos em concorrência com o companheiro.

Ao se abordar o inciso III do art. 1790, percebe-se uma clareza maior por parte do legislador. Por isso não há tanto espaço para interpretações, o que não torna o dispositivo imune a críticas e discordâncias. O art. 1790, inciso III posiciona o companheiro em concorrência com os demais parentes sucessíveis, ou seja, a sequência da ordem de vocação hereditária após os descendentes por já terem sua concorrência definida nos artigos anteriores. Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 196) melhor explica:

“O inciso III do art. 1.790 do Código Civil preceitua que, se o companheiro sobrevivente “concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança”. O dispositivo refere-se à concorrência com os ascendentes e os colaterais até o quarto grau (irmãos, sobrinhos, tios, primos, tios-avós e sobrinhos-netos do *de cujus*).”

Não havendo descendentes, a forma que se dará a sucessão, será nos termos do inciso III do artigo 1.790. No aludido artigo, o companheiro supérstite permanecerá com um terço da herança, enquanto o restante será dividido de acordo com a ordem de vocação hereditária. Conforme Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 142) a sucessão dos dois terços reservados aos “outros parentes sucessíveis” se

dará por linha em caso de existirem ascendentes. Sendo dividida entre os colaterais, a sucessão se dará por cabeça ou por estirpe, havendo direito de representação destes.

De acordo com Roberto Senise Lisboa (2010, p. 382) a quota de um terço não está sujeita a mudanças. Não é possível interpretação diversa daquela disposta pelo legislador. O referido autor cita o exemplo de haver apenas um primo do *de cujus*, onde este terá direito a dois terços, enquanto a companheira restará com apenas um terço da herança.

Muito se discute na doutrina o posicionamento do companheiro e se é devida a concorrência nos termos do artigo 1.790, III e IV do Código Civil. O que está disposto no referido diploma legal é a concorrência do companheiro com todos parentes sucessíveis, excetuando-se os descendentes já referidos nos incisos anteriores. E, em caso de inexistência de parentes, o recebimento da integralidade da herança.

Apesar da incongruência do inciso IV com o *caput*, não há que se falar em dúvidas, uma vez que a doutrina é pacífica no sentido de se herdar a integralidade da herança. Para Washington de Barros Monteiro (2011, p. 116), na ausência de parentes, o companheiro herdará a integralidade dos bens, independente de suas origens. Há que se fazer uma importante consideração neste ponto. Se fosse atribuído à presente questão, o *caput* do artigo 1.790, os bens que não fossem adquiridos por esforço comum, em caso de inexistência de parentes sucessíveis, estes bens restariam vacante, restando ao Poder Público. Ocorre que o artigo 1.844 do Código Civil, conforme ressalta Zeno Veloso (2010, p. 183), dispõe que o patrimônio só ficará vacante em caso de não sobrevier cônjuge ou companheiro. Inexistente, portanto, a vacância, uma vez que deverá o companheiro receber a integralidade da herança.

Apesar de restar claro o que está disposto nos incisos III e IV, o tema é fruto de diversos debates doutrinários e jurisprudenciais, uma vez que alguns autores defendem a sua inconstitucionalidade, por afronta ao artigo 226, §3º da Constituição Federal. Como, por exemplo, Zeno Veloso (2010, p. 183), que afirma que o tema afronta os fundamentos constitucionais.

2.2.4 O posicionamento do companheiro sobrevivente dentro da ordem de vocação hereditária

Diante da apresentação do art. 1790 do Código Civil, se observa como se dará a concorrência do companheiro sobrevivente na herança do *de cujus*. Tal sistemática foi elucidada no sub título anterior. Em uma análise mais ampla, faz-se necessário a observação do disposto no art. 1829, onde é transcrita a ordem de vocação hereditária. Não há expressamente no artigo em referência a inclusão do companheiro sobrevivente, tendo apenas referência ao cônjuge. Portanto, o posicionamento do companheiro se dará pela interpretação na leitura do art. 1790, conforme Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 177 e 178) sustenta.

A ordem de vocação hereditária, disposta no artigo 1.829, é expressa, não figurando o companheiro em sua lista. Indesejável a forma em que delimita a linha hereditária. Se o próprio Código posiciona o companheiro de modo a concorrer com os parentes colaterais, deveria este posicionar os conviventes em prevalência aos colaterais. Este é o entendimento de Roberto Senise Lisboa (2010, p. 382).

De modo a clarear a temática, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 197) faz uma comparação do que dispõe o Código Civil de 2002 em relação à lei 8.971/94. De acordo com o autor, o legislador deveria ter colocado o companheiro à frente dos colaterais, uma vez que este viveu de forma pública, contínua e duradoura. Merecia mais respeito, portanto, sendo a união estável maneira digna de entidade família, da mesma forma que é o casamento.

No mesmo sentido aponta Sílvia de Salvo Venosa (2010, p. 145), utilizando-se da lei anterior, qual seja, a de n. 8.971/94 para elucidar o posicionamento que o companheiro supérstite deveria receber. O autor em referência se manifestou no seguinte sentido:

“O inciso III do art. 2º, que, na realidade, por questão de lógica, deveria ser o inciso I, equiparou o companheiro sobrevivente ao cônjuge supérstite, na ordem de vocação hereditária estabelecida pelo art. 1.603 do Código de 1916. Desse modo, na falta de ascendentes ou descendentes (bem como de cônjuge, como adiante se afirma), o companheiro será herdeiro da totalidade dos bens do falecido, alijando assim os colaterais e o Estado da herança.”

Portanto, diante do exposto, ao se revogar o dispositivo da lei anterior, o legislador posicionou a participação dos companheiros sobreviventes vindo na sequência dos parentes colaterais na ordem de vocação hereditária, numa análise interpretativa do Código Civil, uma vez que não consta o companheiro sobrevivente expressamente em seu texto.

2.3 O companheiro como inventariante

Diante de todo exposto, percebe-se o posicionamento do companheiro dentro do Código Civil, bem como a forma em que se dará sua a sucessão.

Assim sendo, o Código de Processo Civil, em seu artigo 990, inciso I, possibilita a nomeação do companheiro como inventariante na sucessão do *de cujus*. Para tanto, basta que esteja convivendo com este no momento da morte, conforme Roberto Senise Lisboa (2010, p. 462) dispõe.

Em uma explicação bem sucinta do que vem a ser o inventariante, traduz-se que o Código Civil concede prazo para a abertura do inventário, bem como a indicação, de que forma este será instruído. Uma vez iniciado, o juiz nomeará àquele responsável pelo espólio, que será o inventariante. Com o intuito de melhor explicar como funciona, Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 61) determina como se dará o processo, bem como conceitua o que vem a ser o inventariante:

“Ao despachar a inicial de abertura do inventário, o juiz nomeará inventariante, que prestará compromisso e, em vinte dias, as primeiras declarações.

O inventariante é a pessoa que tem por função administrar os bens do espólio, sendo seu representante legal. Só podem exercer esse *munus* pessoas capazes e que não tenham, de algum modo, interesses contrários aos do espólio.”

É certo que houve a inclusão do companheiro na lista dos que figuram como possíveis inventariantes. A interpretação do legislador, neste caso, foi de posicionar o companheiro sobrevivente em mesmo nível do cônjuge. E isso se deu pela crescente, mas ainda deficitária, evolução que o instituto sofreu em sua abordagem pelas diversas leis que trataram do assunto. Ainda de acordo com Carlos Roberto Gonçalves (2011, p. 63), o companheiro foi incluso no rol

preferencial daqueles que devem atuar como inventariante, fazendo com que seja escolhido em caso de abertura de inventário.

A condição para que o companheiro exerça a sua posição de inventariante é de que esteja, no momento da morte, estivesse convivendo com o falecido. Isto se dá pelo fato de, assim, ter ciência das condições do falecido, podendo contribuir com a indicação dos bens a serem partilhados. Estando separados, não será atribuída a função ao companheiro. Neste sentido aponta Washington de Barros Monteiro (2011, p. 38):

“Mas, para ser inventariante, o cônjuge ou companheiro sobrevivente deverá estar convivendo com o autor da herança por ocasião do falecimento. O Código Civil de 1916 exigia esse requisito apenas se o sobrevivente fosse a mulher; o Código de Processo Civil não estabelece tal discriminação. O Código Civil de 2002, no art. 1.797, ao cuidar da administração da herança, período intermediário entre a abertura da sucessão e o compromisso de inventariante, refere, em primeiro lugar, o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que convivesse com o falecido na abertura da sucessão. Se estivessem separados, presume a lei que o supérstite não possua necessário conhecimento da posição patrimonial do extinto, não se encontrando habilitado, portanto, a prestar declarações completas e fiéis.”

Diante disto, observa-se que já há na legislação um início de um processo de equiparação do companheiro e do cônjuge ao se tratar de direitos sucessórios. O processo tem sido lento, mas a cada passo se diminui a distância e se trata com maior igualdade o tema proposto. Um grande exemplo, é a possibilidade criada de se conferir ao companheiro a função de inventariante, pois para isto se faz necessário o reconhecimento da união estável anterior como uma entidade familiar e uma aproximação grande dos companheiros.

3 O posicionamento jurisprudencial quanto aos direitos sucessórios do companheiro

Muitas foram as lacunas deixadas pelo legislador no tocante aos direitos sucessórios dos companheiros. Coube à doutrina explicitar da melhor forma que encontrava. Os entendimentos, entretanto, permaneceram controversos. Diante disto, a jurisprudência passou a analisar os casos concretos que chegavam aos tribunais. Neste sentido, diversas sentenças e acórdãos foram proferidos nos mais variados sentidos, com discussões muito pertinentes em todas instâncias do judiciário.

3.1 A existência de descendentes comuns e exclusivos do autor da herança

O artigo 1.790, inciso I, do Código Civil dispõe acerca da concorrência do companheiro junto ao filho comum do autor da herança. O legislador abordou apenas os filhos, não estendendo aos demais descendentes. Coube aos doutrinadores e à jurisprudência a discussão sobre a validade da extensão aos demais descendentes comuns. Ao longo da III Jornada de Direito Civil, houve a formulação do enunciado n. 266. Tal dispositivo estendeu o direito aos descendentes, não sendo exclusivo dos filhos, portanto.

A dúvida que resta, portanto, é com relação a forma que se dará a sucessão em caso de existência concomitante de descendente comum entre o *de cujus* e o companheiro, bem como de descendente exclusivo do autor da herança. Caio Mário da Silva Pereira (2011, p. 141) se manifestou no sentido de igualar todos os descendentes como se comuns fossem, e abrir a sucessão nos moldes do que o inciso I determina.

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios negou provimento, em 20/10/2010, a um Agravo de Instrumento que debatia a questão em referência. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios interpôs agravo de instrumento contra decisão que determinou que a companheira pudesse concorrer com todas as filhas do autor da herança, sendo elas comuns com a companheira ou apenas do *de cujus* (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2010a).

O Des. Rel. Sérgio Rocha se valeu do entendimento majoritário da doutrina, indo na contra-mão do recurso do *Parquet*. Manteve, portanto, a decisão de primeira instância, no sentido de aplicar a todos o disposto no inciso I do artigo 1.790. Para elucidar seu voto, se valeu dos ensinamentos de Caio Mário da Silva Pereira, Silvio de Salvo Venosa e Ana Luiza Maia Nevares (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2010a).

Tal voto foi acompanhado pelos demais Desembargadores da 2ª Turma, quais sejam, a Des. Carmelita Brasil e o Desembargador J. J. Costa Carvalho, negando, assim, em unanimidade o recurso interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2010a).

3.2 A constitucionalidade do artigo 1.790, incisos III e IV do Código Civil

O advento do Código Civil de 2002 trouxe uma alteração importante ao direito de herança do companheiro, que até então era regulado pela lei 8.971/94. O que o artigo 2º, III da lei anterior trazia era o posicionamento do companheiro logo após os ascendentes no recebimento da herança. Portanto, de acordo com a legislação antiga, não havendo descendente ou ascendente, o companheiro permanecia com a integralidade da herança. Como explica Silvio de Salvo Venosa (2010, p. 151), o Código Civil de 2002 trouxe mudanças a esta ordem, beneficiando os parentes colaterais, restando a integralidade ao companheiro apenas em caso de não haver nenhum outro parente sucessível.

Ocorre que a maneira que o Código Civil trouxe no que se refere ao direito de herança do companheiro, difere daquela estipulada ao cônjuge. Sendo o *de cujus* casado, o cônjuge sobrevivente estará logo após os ascendentes na ordem de vocação hereditária, enquanto em caso de haver uma união estável, o companheiro sobrevivo estará após os parentes colaterais. Este tratamento diferenciado, para alguns autores, dentre eles Zeno Veloso (2010, p. 185), afronta a Constituição Federal em seu artigo 226, §3º, que reconhece a união estável como entidade familiar e determina sua facilitação em conversão ao casamento.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao julgar o Agravo de Instrumento n. 2007.006153-5 entendeu ser cabível a aplicação do artigo 1.829, III do Código Civil aos companheiros (Santa Catarina, Tribunal de Justiça, 2008).

O processo em referência foi julgado em 30 de setembro de 2008. O recurso pretendia a reforma de decisão que não autorizava a suspensão de inventário enquanto se discutia em outro processo a existência de união estável. Além do reconhecimento da união estável, requeria, ainda, a declaração da companheira como inventariante, bem como a inaplicabilidade do artigo 1.790, III, do Código Civil (Santa Catarina, Tribunal de Justiça, 2008).

No julgamento, o Desembargador Relator Marcos Túlio Sartorato votou pela suspensão do inventário, enquanto se discutia o reconhecimento do vínculo de união estável. Não entrou no mérito da declaração de união estável, uma vez que demandaria longa instrução probatória. Entretanto, determinou que fosse aplicável ao caso em tela o artigo 1.829, III, do Código Civil, uma vez que o diploma legal que aborda o posicionamento do companheiro o coloca em posição inferior e desvantajosa, trazendo distinções indevidas entre o companheiro e o cônjuge. Incorrendo, portanto, em inconstitucionalidade, por ferir o artigo 226, §3º da Constituição Federal. Para corroborar com seu entendimento, o Desembargador Relator colacionou outros acórdãos do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, bem como buscou no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendimentos no mesmo sentido (Santa Catarina, Tribunal de Justiça, 2008).

Nos termos do voto do Desembargador Relator, seguiram os demais membros da 3ª Câmara de Direito Civil, os Desembargadores Fernando Carioni e Maria do Rocio Luz Santa Ritta (Santa Catarina, Tribunal de Justiça, 2008).

Em sentido distinto, porém, decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal. Em primeira instância o Juiz de Direito da Primeira Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília afastou a incidência do artigo 1.790 do Código Civil, equiparando o companheiro ao cônjuge. Ao ser julgado o Agravo de Instrumento interposto contra a decisão anterior, o Desembargador Sérgio Bittencourt, suscitou a inconstitucionalidade da norma. O incidente foi acolhido pela Quarta Turma Cível, remetendo os autos ao Conselho Especial (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2010b).

O julgamento pelo Conselho Especial do TJDFT ocorreu em 1º de junho de 2010, tendo sido relatado pelo Desembargador Otávio Augusto. O parecer emitido pela Procuradoria-Geral de Justiça foi no sentido de afastar a aplicabilidade do artigo 1.790, III e equiparar o companheiro ao cônjuge, acolhendo, portanto, a arguição de inconstitucionalidade (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2010b).

O Desembargador Relator analisa o caso concreto, confrontando os artigos 1.790, III e 1.829, III, ambos do Código Civil frente ao artigo 226, §3º da Constituição Federal. Entende, entretanto, que a Carta Magna decidiu apenas reconhecer a união estável como entidade familiar e facilitar sua conversão em casamento, mas não decidiu por igualar os institutos, não havendo que se falar, portanto, em unificação do direito sucessório (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2010b).

De modo a fortalecer seu entendimento, colaciona entendimentos de doutrinadores como Paulo Nader, Sílvio de Salvo Venosa e Manoel Gonçalves Ferreira Filho, todos considerando que a Constituição Federal não igualou as duas formas de entidade familiar, havendo, ainda, uma relação de hierarquia entre elas (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2010b).

Nestes termos, o Desembargador Relator Otávio Augusto rejeitou a arguição de inconstitucionalidade, determinando a constitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil. Todos os demais Desembargadores acompanharam seu voto. A Desembargadora Carmelita Brasil votou a favor da constitucionalidade do artigo, ressaltando, entretanto, as diversas críticas feitas pela doutrina ao dispositivo em comento. Diante disto, a inconstitucionalidade foi afastada por unanimidade no âmbito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2010b).

Restou demonstrado a divergência jurisprudencial a respeito do tema. Não há tanto na doutrina, quanto na jurisprudência uma visão pacífica quanto à constitucionalidade ou não do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil. Nestes termos, foi levado ao Superior Tribunal de Justiça um incidente de inconstitucionalidade à ser julgado por sua egrégia Corte Especial (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

A lide teve seu início na 13ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa, a partir do inventário dos bens de Onaldo Lins de Luna, o qual não possuía descendentes, nem ascendentes. Foi nomeada inventariante sua companheira, Maria Jaideth Miranda, a qual viveu em união estável por 26 (vinte e seis) anos (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Foi decidido que a inventariante nomeasse e qualificasse todos os herdeiros necessários, aplicando ao caso o artigo 1.790, III, do Código Civil, onde somente receberia a totalidade dos bens deixados por seu companheiro falecido em caso de inexistência de parentes sucessíveis (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Irresignada com a referida decisão, a inventariante interpôs agravo de instrumento, alegando inconstitucionalidade do artigo 1.790, III, do Código Civil, por afrontar o artigo 226, §3º da Constituição Federal. Objetivava, a agravante, que o dispositivo utilizado fosse o artigo 1.829 do Código Civil, equiparando seus direitos como se cônjuge fosse. O Agravo de Instrumento teve seu provimento negado (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Interpôs, adiante o Recurso Especial, requerendo que fosse declarada a herdeira da integralidade dos bens do companheiro falecido. Em acórdão proferido pela Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi suscitada a inconstitucionalidade do artigo 1.790, incisos III e IV, do Código Civil, à unanimidade, levando, portanto, a apreciação do caso à Corte Especial (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Foi sorteado como Relator o Ministro Luis Felipe Salomão, remetendo os autos ao Ministério Público Federal para que emitisse seu parecer. O Subprocurador-Geral da República aconselhou que os incisos III e IV do artigo 1.790 fossem proclamados inconstitucionais. Em seu entendimento não haveria necessidade de nomeação e qualificação de todos pela inventariante, uma vez que a companheira deveria recolher a integralidade dos bens deixados pelo autor da herança. Apoiou seu entendimento na diferença entre o tratamento conferido ao companheiro em relação ao cônjuge, alegando que sofreu drástico retrocesso, uma vez que a legislação anterior igualava os dois institutos (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

O Ministro Relator Luis Felipe Salomão proferiu seu voto, em sessão de julgamento da Corte Especial no dia 17/08/2011, iniciando com as alterações trazidas ao longo do Código Civil com relação a legislação anterior, qual seja, a Lei n. 8.971/94. Ressaltou o posicionamento desvantajoso trazido ao companheiro, exemplificando que, em caso de ausência de parentes de grau mais próximo, irá concorrer com sobrinhos-netos, tios-avós. Diante da ordem de vocação hereditária trazida pelo Código Civil de 2002, reforça a disparidade entre o tratamento conferido ao cônjuge em relação ao companheiro (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Continua o Ministro Relator justificando seu voto, trazendo a evolução histórica tanto do casamento, quanto da união estável. Começa com a relação entre o casamento e a Igreja Católica, uma vez que estiveram ligados por longos períodos, refletindo-se, portanto, nas legislações. Asseverou que, apesar de ser abordado nos diplomas legais, o casamento jamais perdeu seus contornos religiosos, bem como ser vedada sua dissolução. Observou, ainda, as proibições às relações adulterinas, bem como o reconhecimento dos filhos consequentes destas situações (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Tornou-se necessário, entretanto, significativas mudanças na legislação, por consequência de toda evolução ocorrida na sociedade, conforme elucida o Ministro. Altera, portanto, diversos preceitos consagrados por séculos, conferindo à família novos arranjos. Advém, neste contexto, a Constituição Federal de 1988, sob a qual o artigo 226 confere especial proteção estatal, rompendo com a exclusividade da família sob a égide do casamento. Ressalta, nesse ponto, que a Constituição ainda protege a família, apenas altera sua forma de composição (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Em seu extenso voto, o Ministro Relator ainda destaca as normas e os entendimentos jurisprudenciais adotados a respeito do tema no decorrer dos anos, como, por exemplo, a súmula n. 35 do STF, que autoriza o companheiro sobrevivente a receber a indenização previdenciária por acidente de trabalho do companheiro, além da Lei 6.216/75, que possibilita à companheira, em casos excepcionais, a utilizar o nome do companheiro. Cita, ainda, a súmula 380, que se refere a partilha dos companheiros. Observa que, até então, a união estável é tratada por concubinato, diferenciando-a, apenas em puro e impuro. Sendo que em

todos os casos apenas o concubinato puro era possuidor de direitos (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

O Ministro Luis Felipe Salomão, ressalta as leis n. 8.971/94 e 9.278/96, já sob a luz da Constituição Federal de 1988, como forma de se conferir direitos aos companheiros, sendo estes de ordem alimentícia ou sucessória, por exemplo (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Importante ressalva traz o Ministro com relação à família, não sendo esta apenas uma vinculação por intermédio do casamento, mas um centro de afetividade que passa a ser disposto na Carta Magna. Isto posto, passam a ser protegidas todas formas de constituição familiar, seja ela fruto de casamento, união estável, ou até a monoparental. Toda esta proteção, trazida pelos legisladores e constituintes, às mais diversas formas de entidades familiar é decorrente do princípio da dignidade da pessoa humana (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Para o Ministro Luis Felipe Salomão, a interpretação da Constituição Federal deve ser global, não sendo correta uma interpretação de apenas um dispositivo isolado, sendo que este vai de encontro ao que dispõe os demais princípios. Busca, ainda, no artigo 226, § 7º, da Constituição Federal o disposto acerca da liberdade do casal na forma de planejar sua família. Nestes termos, cabe ao casal a decisão de sua forma de união, bem como a necessidade e o momento de reprodução. Desta forma, apenas pela escolha do casal, não se entende por correto ser este diminuído em comparação ao casamento (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Contraponto importante, traz o Ministro, ressaltando parte da doutrina e da jurisprudência que se mostra à favor da distinção de tratamento. Para estes, a lei apenas determina que seja facilitada a convolação da união estável em casamento, não os igualando em direitos. Havendo a vontade do casal, se converte em casamento, mas enquanto isto não ocorre, permanecem distintos e um degrau abaixo do casamento (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

O Ministro Luis Felipe Salomão entende que a união estável é um vínculo mais frágil, motivo pelo qual permite-se sua conversão em casamento. Propicia aos conviventes a opção de maior segurança jurídica, qual seja, o casamento. Isto não

coloca, entretanto, o matrimônio de maneira mais vantajosa. Se manifesta nos seguintes termos:

“Assim, subjaz à parte final do §3º do art. 226 da CF/88 uma simples constatação de que, natural e faticamente, em razão da informalidade dos vínculos, a união estável é mais fragilizada que o casamento e, por isso mesmo, propicia menos segurança aos conviventes.

Basta dizer que, em razão dessa informalidade, a união estável só é reconhecida por sentença, cujos marcos inicial e final, por vezes, são de difícil comprovação, ao passo que a certidão de casamento faz prova de pleno direito do vínculo matrimonial.

Assim, a facilitação da conversão da união estável em casamento não constitui nada além de benfazejo incentivo voltado à segurança jurídica dos próprios companheiros e não à satisfação de uma hipotética predileção constitucional pelo matrimônio.”

Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento em Recurso Especial.CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC/2002. NÃO CONHECIMENTO. 1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido. 2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB. Corte Especial. Recorrente: Maria Jaydeth Miranda. Recorrido: Onaldo Lins de Luna - Espólio. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Relator para acórdão: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, 03 de outubro de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=25593592&sReg=200901600515&sData=20130228&sTipo=5&formato=PDF. Acesso em: 5 de outubro de 2013.

Prossegue o Ministro Relator exemplificando situações cotidianas em que a legislação ou a jurisprudência conferiu os mesmos direitos e deveres aos companheiros e às companheiras. Neste rol inclui o direito do companheiro à pensão, em caso de morte do companheiro quando este é servidor como no REsp 590.971/PE, a súmula vinculante n. 13 do Supremo Tribunal Federal, que inclui o companheiro na lista de parentes para nepotismo, a súmula 35 do Supremo Tribunal Federal e a anuência necessária do companheiro em caso de gravame real em bem comum (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Além destes, o Ministro continua citando o direito do companheiro a continuar o contrato de locação em caso de falecimento do companheiro titular, a possibilidade de prestação alimentícia do companheiro, a possibilidade do direito

real de habitação e, por fim, no campo do direito eleitoral, a inelegibilidade do companheiro nos termos do artigo 14, §7º da Constituição Federal (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Os exemplos citados pelo Ministro Relator, reforçam seu entendimento de que o casamento e a união estável se diferenciam na sua forma de constituição, sendo ambas entidades familiares igualmente protegidas (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

A igualdade entre o casamento e a união estável se dá a partir do princípio da igualdade, dispõe o Ministro. Os dois institutos devem ser protegidos e tratados de forma igualitária. Cita, ainda, Rui Barbosa, dispondo que “o tratamento desigual aos desiguais se justifica apenas na exata medida em que se desigualem”. Nestes termos, a igualdade entre os institutos deve ser resguardada, a medida que a desigualdade se dá apenas na forma de se fundar a entidade familiar, restando ao casamento a forma mais solene, enquanto à união estável uma maneira mais informal (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Apresentados os aspectos gerais a respeito do tema, o Ministro prossegue em seu voto com uma análise do artigo 1.790, do Código Civil. De início ressalta o posicionamento equivocado do aludido artigo, que assim está colocado, de acordo com o Relator, por receio do legislador posicionar o convivente como herdeiro. Ultrapassa tal fundamento à medida em que analisa os incisos I e II, de modo a ressaltar a discriminação do legislador com relação aos filhos. E, por fim, alcança os dispositivos objetos do referido acórdão (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

De modo a clarear seu entendimento, o Ministro Luis Felipe Salomão propõe um exemplo, onde o *de cujus* deixa como possíveis sucessores apenas a companheira e um tio-avô. Temos, neste caso, o distante parente colateral com 66,66% da totalidade da herança, enquanto à companheira restarão 33,33%. Considera absurda a situação, uma vez que existe a possibilidade deste herdeiro sequer ser conhecido do *de cujus*. Assim sendo, a ordem de vocação hereditária deve ter suas origens nas relações afetivas familiares, ao passo que não encontra razão se distinguir os tratamentos aos cônjuges e aos companheiros (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Fundamentado em todos estes aspectos, o Ministro Relator vota pela inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790 do Código Civil, para que se destine a integralidade da herança ao companheiro sobrevivente em caso de ausência dos descendentes e ascendentes (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Finalizado o voto do Ministro Relator Luis Felipe Salomão, o Ministro Cesar Asfor Rocha pediu vista antecipada, levando seu voto-vista apenas na sessão de julgamento da Corte Especial do dia 16/05/2013 (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

O Ministro Cesar Asfor Rocha inicia seu voto com um breve relatório a respeito do processo em debate. Analisa o cabimento do incidente de inconstitucionalidade, entendendo não ser conhecido, uma vez que, em sua opinião, usurpa a competência para controle de constitucionalidade do Supremo Tribunal Federal. Justifica seu entendimento pelo fato de haver a manifestação do Tribunal *a quo* acerca da constitucionalidade, motivo pelo qual deveria ter sido levado ao Supremo Tribunal Federal. Nestes termos, opina pelo não cabimento do incidente de constitucionalidade (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Ultrapassada a preliminar, o Ministro adianta que não sendo acolhido o não conhecimento da arguição de inconstitucionalidade, vota pela constitucionalidade do artigo 1.790, incisos III e IV, do Código Civil de 2002. E justifica seu voto por entender que o artigo 226, §3º da Constituição Federal não tem interferência sob os efeitos patrimoniais, devendo estes serem dispostos a partir da legislação infraconstitucional. Outro argumento utilizado é que a equiparação dos institutos colocaria fim no instituto da união estável, uma vez que perderia sua liberdade de poder adotar os efeitos patrimoniais desejados. Nestes termos, é contrário ao incidente de constitucionalidade, julgando-o improcedente (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Com o voto do Ministro Cesar Asfor Rocha proferido, o Ministro Teori Albino Zavascki pediu vista antecipada. Permaneceram aguardando os demais Ministros (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

O Ministro Teori Albino Zavascki segue o voto divergente ao julgar a preliminar aduzida pelo Ministro Cesar Asfor Rocha pelo não conhecimento do

incidente de inconstitucionalidade, onde a forma correta seria por meio de Recurso Extraordinário (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Quanto ao mérito, o Ministro Teori Albino Zavascki acompanha o voto divergente, à medida em que entende não terem sido igualados os institutos do casamento e da união estável. O dispositivo constitucional quis reconhecê-lo como entidade familiar, mas não igualar ao casamento. Dispôs que cada uma das formas de entidade familiar possui suas próprias características, não sendo iguais, portanto. Todas as formas de constituição de entidade familiar são merecedoras de proteção, entretanto, possuem características distintas. Aduz que, em caso de acolhimento à arguição de inconstitucionalidade, diversos dispositivos que atribuem diferentes tratamentos distintos aos institutos deveriam ser julgados da mesma forma inconstitucionais. Finalizando, portanto, seu voto (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Do mesmo modo que ocorreu nos julgamentos anteriores, antecipadamente o Ministro Felix Fischer pediu vista dos autos, trazendo seu voto em sessão de julgamento da Corte Especial em 03/10/2012 (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Em seu voto analisa a preliminar, não conhecendo, também, do incidente de inconstitucionalidade. É seguido do Ministro Castro Meira que acompanha a divergência (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

O Ministro Sidnei Beneti acompanha o relator, votando a favor da inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790 do Código Civil. Não conhece, ainda, da preliminar, uma vez que, para o Ministro, o controle difuso de constitucionalidade pode ser realizado por qualquer juiz. Acrescenta que o julgamento em tela é importante para a sociedade brasileira, por ser o artigo em questão um dos mais controversos dentro do Código Civil (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Em síntese, votaram pela inconstitucionalidade do artigo 1.790, III e IV do Código Civil de 2002 os Ministros Luis Felipe Salomão, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti. O voto divergente foi proferido pelo Ministro Teori Albino Zavascki, o qual se tornou relator para acórdão e foi seguido pelos Ministros Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Castro Meira, Arnaldo

Esteves Lima, Massami Uyeda, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo. O Ministro Francisco Falcão não participou do julgamento (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

Assim sendo, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, não conheceu incidente de inconstitucionalidade, entendendo que o artigo 1.790, incisos III e IV, do Código Civil são constitucionais (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, 2013).

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça restou, portanto, contrário ao apresentado, uma vez que decidiu, por maioria, manter a constitucionalidade do dispositivo em debate. Entretanto os posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários são apresentados das mais diversas formas, de modo a buscar cobrir a lacuna deixada pela legislação.

3.3 A nomeação do companheiro como inventariante

O Código de Processo Civil, em seu artigo 990, I é claro no sentido de que o “juiz nomeará inventariante o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste”. E no mesmo sentido a jurisprudência se posiciona. Conforme se depreende do julgamento do Agravo de Instrumento n. 2010 00 2 010207-4 pela 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2011).

A lide em referência se iniciou quando o juízo da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília nomeou como inventariante a filha mais velha do *de cujus*, não observando assim a existência da companheira sobrevivente, que deveria provar sua condição mediante processo próprio junto à Vara de Família. Diante disto, interpôs o agravo de instrumento em comento com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, para que fosse reconhecida a companheira como inventariante, ou caso assim não entenda, que tivesse o julgamento suspenso. Ouvido o Ministério Público, este opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2011).

O Desembargador Relator vota pela manutenção da decisão agravada, uma vez que a discussão à respeito da existência ou não da união estável deveria

ter ocorrido em processo próprio. Dispõe, ainda, que a ordem do artigo 990, do Código de Processo Civil pode ser alterada em caso de litígio entre os herdeiros, se assim for melhor para o deslinde da controvérsia. Finaliza apontando que o inventário vem sendo bem conduzido, motivo pelo qual não acredita ser necessária a mudança de inventariante (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2011).

O Desembargador J. J. Costa Carvalho diverge do Relator ao passo que acredita que o dispositivo legal é claro e não deve ser excetuado. Diante das provas acostadas aos autos, acredita estar comprovada a união estável entre a companheira e o *de cujus*, bem como sua duração até o tempo do falecimento. Acredita que estão, portanto, preenchidos os requisitos para que seja nomeada como inventariante, além de colacionar diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido, qual seja, a nomeação do companheiro como inventariante (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2011).

O Desembargador Sérgio Rocha acompanhou a divergência e o julgamento se encerrou com o provimento ao agravo de instrumento de forma a nomear como inventariante a companheira do *de cujus*, retirando deste posto sua filha mais velha (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2011).

Se observa, portanto, que o artigo 990 do Código de Processo Civil, de acordo com o entedimento jurisprudencial deve ser adotado na ordem do que resta descrito no dispositivo. A companheira que esteja convivendo com o *de cujus* ao tempo da morte deste, deverá figurar como inventariante (Distrito Federal, Tribunal de Justiça, 2011).

CONCLUSÃO

A sucessão tem sua origem desconhecida no tempo, tendo os doutrinadores divergências a respeito de seu surgimento. Seu início, entretanto, não tem um cunho patrimonial, mas a intenção de prosseguir a vida daquele que se foi. O objetivo inicial da sucessão, portanto, era a transcendência do falecido ao final da vida. Foi apresentado o posicionamento dos mais diversos autores no que se trata das mudanças sofridas pelo direito sucessório ao longo do tempo. Para alguns, inclusive, foi o ramo do direito civil que mais mudanças sofreu ao longo dos anos.

O formato abordado pela legislação pátria acerca do direito sucessório é uma mescla do que havia no direito germânico e no romano. Advindo dos germânicos, a ordem de vocação hereditária com a prevalência aos parentes mais próximos. Entretanto, a legislação permitiu a sucessão testamentária, quando o *de cuius* elabora um documento em que dispõe até metade dos seus bens à maneira que lhe aprouver. Esta maneira de sucessão foi incorporada do direito romano.

A Constituição Federal de 1988 garantiu o direito à herança, enquanto outras leis infraconstitucionais determinaram à maneira que esta seria feita. O Código Civil de 2002 buscou, então, regulamentar a matéria de maneira mais completa.

Com referência à união estável, restou demonstrada que esta é uma derivação do concubinato. Apresentou-se a distinção entre as duas espécies, quais sejam, o concubinato puro, quando não existiriam impedimentos para a constituição de matrimônio e o concubinato impuro, que seria aquela impedida de se transformar em matrimônio.

A discriminação ao instituto da união estável ocorria por receio dos legisladores de confrontar os dogmas advindos da religião. Ficou, portanto, a cargo dos julgadores a análise dos casos concretos, uma vez que já era algo recorrente na sociedade que não possuía, apenas, regulamentação legal.

Grande evolução do instituto ocorreu apenas com a publicação da Constituição Federal de 1988, onde a união estável passou a ser reconhecida como entidade familiar e ser fruto de proteção do Estado.

Havendo a previsão constitucional, leis esparsas foram criadas com a intenção de apagar as lacunas existentes por não ter acontecido, até então, a publicação de leis regulamentadoras. Apesar das alterações trazidas nas legislações, muitas dúvidas ainda persistiram.

Neste contexto, houve o advento do Código Civil de 2002. Diante disto, as leis criadas para regulamentar a situação dos conviventes foram revogadas, de modo a ser regulado integralmente pela nova legislação.

A partir daí, a regulamentação acerca do instituto da união estável ficou a cargo do Código Civil. No referido diploma legal existiu, inclusive, a regulamentação sobre os direitos sucessórios da união estável.

Apesar de ter realizado a regulamentação da união estável, o Código Civil de 2002 não o fez de modo a dirimir às dúvidas sobre o tema. Pelo contrário, muitas dúvidas continuaram a surgir e foram levadas ao poder judiciário.

O companheiro, diante do apresentado pelo Código Civil, teria direito à participar junto aos bens adquiridos onerosamente ao longo da relação com o *de cujus*. Equivocou-se o legislador, uma vez que se possibilita que o companheiro tenha um tratamento melhor que o cônjuge. A igualdade de direitos entre um instituto e o outro, evitaria essa prevalência indesejada ao companheiro.

Posteriormente, o Código Civil determinou que o companheiro concorre na herança, em se tratando de bem adquirido na constância da união estável, com os descendentes, ascendentes e colaterais do falecido. O inciso I do artigo 1.790 retrata a forma que se dará a concorrência com os filhos comuns entre o companheiro e o *de cujus*. Enquanto a concorrência com filhos exclusivos do autor da herança se dará na forma do inciso II do dispositivo. Silente permaneceu o legislador quando houverem concomitantemente filhos exclusivos do falecido e comuns com a companheira devendo se considerar que, neste caso, todos descendentes devem ser tratados de forma a serem considerados como filhos comuns.

Mais polêmico foram os incisos III e IV do artigo 1.790, uma vez que posicionaram o companheiro em seguida do parente colateral. O referido artigo determinou que o companheiro concorra com o parente colateral, restando ao companheiro a totalidade da herança, apenas em caso de inexistência dos

longínquos parentes de até quarto grau do falecido. Absurdas situações foram apresentadas, uma vez que o companheiro irá ser submetido à concorrência em caso de haver apenas um sobrinho-neto do falecido, ou um tio-avô, primo. Ao menos neste ponto, deveria o legislador igualar o companheiro ao cônjuge de modo a possibilitar que este se posicione à frente dos parentes colaterais, da mesma forma que ocorreu com a ultrapassada lei 8.971/94.

Uma das formas de igualar o companheiro ao cônjuge, veio retratado no Código de Processo Civil, em seu artigo 990. O aludido diploma legal retratou a maneira em que se dará a indicação do inventariante no processo de inventário do *de cujus*. Em seu inciso I posicionou tanto o cônjuge quanto o companheiro do falecido como a primeira pessoa à ser nomeada como inventariante. Portanto, desde que preenchidos os requisitos o juiz deveria nomear, em primeiro lugar, o cônjuge ou o companheiro.

Assim sendo, tanto jurisprudência, quanto doutrina se posicionaram das mais diversas formas. Importante ressaltar o julgado do Superior Tribunal de Justiça que declara a constitucionalidade do artigo 1.790, incisos III e IV, nos termos do voto do Ministro Teori Albino Zavascki, divergindo, entretanto, do aspecto abordado no presente trabalho.

Muito embora existente o julgado do Superior Tribunal de Justiça, entendo que o dispositivo legal do Código Civil fere tanto uma norma constitucional, como princípios consagrados pela Carta Magna. Devendo, assim, ser desconsiderado, aplicando o disposto ao cônjuge no que se refere ao direito de herança dos companheiros.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5 / Fábio Ulhoa Coelho. – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro, volume 6 : direito das sucessões / Maria Helena Diniz. – 24. ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 6 : direito de família / Carlos Roberto Gonçalves – 8. ed. rev. e atual. – São Paulo : Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro, volume 7 : direito das sucessões / Carlos Roberto Gonçalves. – 5. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, volume 5 : direito de família e das sucessões / Roberto Senise Lisboa. – 4. ed. rev. e atual. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2006.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Comentários ao novo código civil: do direito das sucessões. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. v. 21.

LISBOA, Roberto Senise. Manual de direito civil, v. 5 : direito de família e sucessões / Roberto Senise Lisboa. – 6. ed. – São Paulo : Saraiva, 2010.

LÔBO, Paulo. Direito civil. Famílias / Paulo Lôbo. – 4. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011. – (Direito civil).

MAXIMILIANO, Carlos. Direito das sucessões. 2. Ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942. V. I e III

MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões / Washington de Barros Monteiro. 38. ed. – São Paulo : Saraiva, 2011

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 5: direito de família / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NADER, Paulo. Curso de direito civil, v. 6: direito das sucessões / Paulo Nader. – Rio de Janeiro: Forense, 2010.

NICOLAU, Gustavo Rene. União estável e casamento : diferenças práticas / Gustavo Rene Nicolau. - - São Paulo : Atlas, 2011.

OLIVEIRA, Euclides de. Direito de herança. São Paulo: Saraiva, 2005.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2009.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2010.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. – 18. ed. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2011.

SOUZA, Stela Maris Vieira de. Tratado de Direito de Família e Sucessões / Stela Maris Vieira de Souza. 1ª ed. Campo Grande: Contemplar, 2011.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 5 : direito de família / Flávio Tartuce, José Fernando Simão. – 8. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 6 : direito das sucessões / Flávio Tartuce, José Fernando Simão; prefácio Zeno Veloso. – 6. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

VELOSO, Zeno. Direito hereditário do cônjuge e do companheiro / Zeno Veloso. – São Paulo : Saraiva, 2010.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito civil : direito de família / Sílvio de Salvo Venosa. – 4. ed. – São Paulo : Atlas, 2004. – (Coleção direito civil; v. 6)

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito das sucessões / Sílvio de Salvo Venosa. 8. ed. – 2. reimpr. -São Paulo : Atlas, 2008. – (Coleção direito civil; v. 7)

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito das sucessões / Sílvio de Salvo Venosa. 10. ed. São Paulo : Atlas, 2010. – (Coleção direito civil; v. 7)

WALD, Arnaldo. Direito civil : direito das sucessões, vol. 6 / Arnaldo Wald. – 15. ed. – São Paulo : Saraiva, 2012.

ANEXOS

ANEXO 1 - 2010 00 2 012714-7 AGI, Relator SÉRGIO ROCHA, 2ª Turma Cível, julgado em 20/10/2010, DJ 10/11/2010, p. 82.

ANEXO 2 – 2007.006153-5 AI, Relator MARCUS TULIO SARTORATO, 3ª Câmara de Direito Civil, julgado em 30/09/2008, DJ 29/10/2008.

ANEXO 3 – 2010 00 2 004631-6 AIL, Relator OTÁVIO AUGUSTO, Conselho Especial, julgado em 1º/06/2010, DJ 18/08/2010, fls. 27/28.

ANEXO 4 – AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 – PB, Relator LUIS FELIPE SALOMÃO, Relator para Acórdão TEORI ALBINO ZAVASCKI, Corte Especial, julgado em 03/10/2012, DJ 28/02/2013.

ANEXO 5 – 2010 00 2 010207-4 – AGI, Relator WALDIR LEÔNCIO JÚNIOR, Vogal e Relator designado J. J. COSTA CARVALHO, 2ª Turma Cível, julgado em 02/02/2011, DJ 14/02/2011, fls. 79/112.

Órgão 2ª Turma Cível
Processo N. Agravo de Instrumento 20100020127147AGI
Agravante(s) M. P. D. F. E T.
Agravado(s) E. A. S. L. rep. por A. M. C.
Relator Desembargador SÉRGIO ROCHA
Acórdão Nº 459.890

EMENTA

CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO – UNIÃO ESTÁVEL – SUCESSÃO – CONCORRÊNCIA DA COMPANHEIRA COM FILHOS COMUNS E EXCLUSIVOS DO AUTOR DA HERANÇA – APLICAÇÃO DO ART. 1790, I, CC

1. Predomina na doutrina o entendimento de que, diante da lacuna da lei quanto à hipótese de concorrência entre a companheira, herdeiros comuns e herdeiros apenas do autor da herança, a melhor solução é dividir de forma igualitária os quinhões hereditários entre o companheiro sobrevivente e todos os filhos.

2. Negou-se provimento ao agravo do Ministério Público do Distrito Federal.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores da 2ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, SÉRGIO ROCHA - Relator, CARMELITA BRASIL - Vogal, J.J. COSTA CARVALHO - Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL, em proferir a seguinte decisão: **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 20 de outubro de 2010



Certificado nº: 2F 11 17 D7 00 04 00 00 0D 98
28/10/2010 - 20:26

Desembargador SÉRGIO ROCHA
Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, contra decisão monocrática proferida pelo MM. Juiz Marcelo Castellano Júnior que, em sede de ação de inventário requerida por A. M. d. C., companheira do inventariado A. d. S. L, determinou que a inventariante deve concorrer com todas as filhas, inclusive com a herdeira K. S. d. L, como filhas comuns, cabendo a cada uma delas cotas iguais, nos termos do art. 1790, I do CC¹.

DA DECISÃO AGRAVADA (FLS. 240/241)

O d. Juiz *a quo*, Dr. Marcelo Castellano Júnior decidiu, nos seguintes termos (fls. 240/241):

“Trata-se de inventário dos bens deixados por falecimento de A. d. S. L, sendo hipótese de sucessão envolvendo filiação híbrida na união estável.

O Código Civil de 2002 regulamenta a sucessão do companheiro no artigo 1790 que dispõe:

“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança”.

Conforme se verifica no referido dispositivo, houve omissão legislativa quanto ao caso de concorrência entre a companheira, herdeiros comuns e herdeiros apenas do autor da herança.

Neste caso, entendo que os quinhões hereditários entre o companheiro sobrevivente e os filhos, comuns e unilaterais, deverão ser divididos de forma igualitária, aplicando-se o disposto no inciso I do art. 1790 do CC.

Neste sentido:

¹ Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

“Ementa: CÓDIGO CIVIL. INVENTÁRIO. UNIÃO ESTÁVEL. COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. MEAÇÃO E SUCESSÃO. No caso de união estável, o Código Civil de 2002 disciplinou a sucessão do companheiro de maneira diversa da do cônjuge. Diante do art. 1790 do CC é correto afirmar que a intenção do legislador é no sentido de que o companheiro sobrevivente manterá a sua meação e, adicionalmente, participe da sucessão do outro companheiro falecido. Referido dispositivo legal ao dispor sobre a forma de concorrência entre a companheira e herdeiros, restou omissa quanto aos casos de filiação híbrida, ou seja, quando há herdeiros em comum dos companheiros e herdeiros somente do autor da herança, o que não implica na sua inconstitucionalidade, cabendo ao aplicador do direito solucionar a controvérsia por outros meios.

A melhor solução é dividir de forma igualitária os quinhões hereditários entre o companheiro sobrevivente e todos os filhos. Recurso de apelação e agravo retido providos em parte. Decisão: CONHECIDO. DEU-SE PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO CÍVEL E AO AGRAVO RETIDO. UNÂNIME. (Classe do Processo : 20050610031880 APC, - 0003188-41.2005.907.0006 (Res. 65 – CNJ) DF, Registro do Acórdão Número : 355533, Data de Julgamento: 29/04/2009, Órgão Julgador: 6ª Turma Cível, Relatora: ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, Disponibilização no DJ-e: 12/05/2009 pág.: 140)”.

Desta forma, no presente caso a inventariante deve concorrer com todas as filhas, inclusive a herdeira K. S. d. L, como filhas comuns, cabendo a cada uma delas cotas iguais, nos termos do art. 790, inciso I, do Código Civil.

DAS RAZÕES DO AGRAVO

O Ministério Público interpôs o presente agravo de instrumento, requerendo que seja conferida à companheira metade da cota hereditária definida para os descendentes de A. d. S. L, nos termos do art. 1790, II, do CC², alegando que: **1)** a interpretação mais adequada ao art. 1790 do CC é adotar o critério previsto na hipótese de concorrência do cônjuge, regulada no art. 1832 do CC³, no sentido de atribuir à companheira cota igual a dos descendentes quando forem todos comuns e quando houver descendentes exclusivos do autor da herança, atribuir à companheira metade do que couber a cada herdeiro; **2)** essa interpretação preserva a igualdade entre os descendentes comuns e exclusivos, nos termos do art. 227, “caput” e §6º, da CF⁴; **3)** o companheiro sobrevivente não deve ser privilegiado, em

² Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

...
II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

³ Art. 1.832. Em concorrência com os descendentes (art. 1.829, inciso I) caberá ao cônjuge quinhão igual ao dos que sucederem por cabeça, não podendo a sua quota ser inferior à quarta parte da herança, se for ascendente dos herdeiros com que concorrer.

⁴ § 6º - Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.

detrimento dos filhos exclusivos do *de cujus*; **4)** a adoção do critério destacado no art. 1790, II do CC preserva tratamento benéfico e equânime aos filhos exclusivos do autor da herança e aos filhos comuns; **5)** o agravo deve ser provido para, reformando-se a r. decisão agravada, ser conferida à companheira metade da cota hereditária definida para os descendentes.

Devidamente intimado, o agravado Espólio de A. S. L. rep. por A. M. C. não apresentou contrarrazões.

DO PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA (fls. 252/256)

O d. representante do Ministério Público oficiou pelo conhecimento e improvimento do agravo.

É o relatório.

V O T O S

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - Relator

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA – Relator.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

DA APLICAÇÃO DO ART. 1790, I DO CC

Em que pesem os argumentos expendidos pelo Ministério Público do Distrito Federal, tenho que, diante da lacuna da lei, quanto à sucessão nos casos em que a companheira concorrer com filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança, a melhor interpretação à hipótese é aquela conferida pelo d. juiz *a quo*, confirmada pelo i. representante do *Parquet*.

No presente caso, o d. parecer da Procuradoria de Justiça analisou a questão de forma clara e objetiva, razão pela qual, por espelhar meu entendimento

sobre a matéria, peço vênia para transcrevê-lo e adotá-lo como razões de decidir, *in verbis* (fls. 253/256):

“(...) o Agravante pretende a reforma da decisão para que seja conferida à companheira metade da cota hereditária definida para os descendentes do de cujus, aplicando-se ao caso o inciso II, do art. 1.790, do Código Civil e não o inciso I, do citado artigo.

O art 1.790 do Código Civil assim preceitua:

"Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança. " (sem grifos no original)

Como se percebe, resta uma lacuna relativa aos casos em que o (a) companheiro (a) concorra ao mesmo tempo com filhos comuns e filhos exclusivos do autor da herança, como no caso sob exame.

É entendimento desse Tribunal de Justiça que tal omissão não importa em inconstitucionalidade do citado artigo, não sendo, porém, ponto pacífico a questão referente à cota parte a que fará jus o (a) companheiro (a) nesses casos.

Dentre as várias soluções oferecidas pela doutrina, a que atende melhor ao caso, segundo autores de renome, é no sentido de que se deva considerar como se todos os filhos fossem comuns, inclusive aquele filho exclusivo do autor da herança, dividindo-se de forma igualitária os quinhões relativos aos filhos, comuns ou exclusivos, e o referente ao (à) companheiro (a), aplicando-se, assim, o inciso I, do art. 1.790, do CC.

Isso levando-se em consideração que tanto a meação quanto a cota relativa à herança, no caso de companheiro (a), diz respeito tão-somente aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável e, além disso, diferentemente

do que ocorre com o cônjuge, não lhe foi garantida a cota mínima constante do art. 1.832, in fine, do CC.

Assim, razoável que nas hipóteses como a dos autos, perfilhe-se o entendimento acima esposado, e propugnado por doutrina abalizada, podendo-se citar nomes de relevo como Caio Mário da Silva Pereira e Sílvio de Salvo Venosa, consoante asseverado no julgado citado pelo Juiz de primeiro grau a embasar a decisão ora agravada, que consubstancia até o momento o entendimento desse Egrégio Tribunal de Justiça acerca do tema específico aduzidos nos autos.

De se ver, ainda, que a alegada afronta ao §6º, do art. 227, da Constituição Federal ocorreria caso fossem aplicados simultaneamente os dois incisos do art. 1790 do CC, tendo em vista que tanto os filhos comuns como os exclusivos do autor da herança têm os mesmos direitos sucessórios, não ocorrendo no caso vertente, portanto, tal violação.

Sobre todo o tema acima contextualizado, cite-se os ensinamentos do doutro professor Caio Mário da Silva Pereira:

"O novo Código Civil, estranhamente, deixa de fornecer explícita solução para a hipótese em que o companheiro seja chamado a suceder, ao mesmo tempo, com descendentes comuns (por exemplo, filhos do casal) e com descendentes não comuns [...] Como os filhos do de cujus - quer aqueles provenientes da união estável entre ele e o companheiro sobrevivente, quer os de outra qualquer origem - têm os mesmos direitos sucessórios (Constituição Federal, art. 227, § 6º), seria logicamente inadmissível cogitar de solução por meio da qual os critérios dos incisos I e II fossem, ambos, aplicados simultaneamente. [...]"

Inclinamo-nos por adotar a solução mais favorável ao companheiro, que é a do n° I do art. 1.790: partilha por cabeça, em igualdade de condições para todos os co-herdeiros (ou, mais precisamente, para todos aqueles chamados por direito próprio), levando em conta a circunstância de o novo Código não ter reservado, em benefício daquele, a quota mínima deferida ao cônjuge, na hipótese de descendência comum (art. 1.832, parte final). Como antes anotado (n° 445-A, supra, subtítulo 'Descendentes e companheiro'), se for muito elevado o número de descendentes, a participação do companheiro na herança poderá tornar-se excessivamente diminuta, até pelo fato de a fração, que vier a ser-lhe atribuída, incidir apenas sobre os 'bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável' (art. 1.790, caput), e não sobre toda a herança.[...]"⁵

⁵ 1 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil, vol. VI, Direito das Sucessões. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 153 ed, pg. 159.

Transcreva-se, ainda, as palavras de Ana Luiza Maia Nevares, que, inclusive, cita Silvio de Salvo Venosa, ao tratar do tema:

"Verifica-se um problema quando o companheiro sobrevivente concorre com descendentes comuns e descendentes somente do de cujus, hipótese em que a lei é omissa. Segundo Silvio de Salvo Venosa, a solução será aplicar o disposto no inciso I, dividindo-se igualmente a herança, uma vez que esta é a melhor interpretação diante do princípio da igualdade entre os filhos (S. S. VENOSA, 'Os direitos sucessórios na união estável', Valor Econômico, Rio de Janeiro, 19 abr. 2002, p. E2).

Esse é o entendimento que deve prevalecer, pois equipara o tratamento sucessório quanto aos descendentes do autor da herança, privilegiando a união estável. Com efeito, só é possível atribuir o quinhão dobrado aos descendentes quando estes são somente do autor da herança e, não sendo possível distinguir descendentes na sucessão hereditária (CF/88, art. 227, § 6º) necessariamente será preciso dividir igualmente a herança. Além disso, se a opção fosse atribuir ao companheiro metade do que coubesse a cada um dos descendentes, na esteria do que determina o inciso II do art. 1790 do novo Código, estar-se-ia violando a proteção constitucional conferida à união estável (CF/88, art. 226, §3º)⁶.

Destarte, merece ser mantida a decisão impugnada por seus próprios e jurídicos fundamentos.

No mesmo sentido, confira-se o julgado desta Eg. Corte:

"(...) No caso de união estável, o Código Civil de 2002 disciplinou a sucessão do companheiro de maneira diversa da do cônjuge.

Diante do art. 1790 do CC é correto afirmar que a intenção do legislador é no sentido de que o companheiro sobrevivente manterá a sua meação e, adicionalmente, participe da sucessão do outro companheiro falecido.

Referido dispositivo legal ao dispor sobre a forma de concorrência entre a companheira e herdeiros, restou omissa quanto aos casos de filiação híbrida, ou seja, quando há herdeiros em comum dos companheiros e herdeiros somente do autor da herança, o que não implica na sua inconstitucionalidade, cabendo ao aplicador do direito solucionar a controvérsia por outros meios. A melhor solução é dividir de forma igualitária os quinhões hereditários entre o companheiro sobrevivente e todos os filhos (...)". (20050610031880APC, Relator ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO, 6ª Turma Cível, julgado em 29/04/2009, DJ 12/05/2009 p. 140).

Assim, mantenho a r. decisão agravada.

⁶ NEVARES, Ana Luiza Maia. A tutela sucessória do cônjuge e do companheiro na legalidade constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, PP. 173/174).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo de instrumento interposto pelo Ministério Público do Distrito Federal.

É como voto.

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador J.J. COSTA CARVALHO - Vogal

Com o Relator.

D E C I S Ã O

NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.

Agravo de Instrumento n. 2007.006153-5, de Lages
Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato

PROCESSUAL CIVIL. INVENTÁRIO. DECISÃO QUE INDEFERIU O PLEITO DE ATRIBUIÇÃO DA QUALIDADE DE ÚNICA HERDEIRA À COMPANHEIRA SOBREVIVENTE. DESNECESSIDADE DE REPARO. DIREITO QUE SOMENTE PODERÁ SER RECONHECIDO MEDIANTE AÇÃO DECLARATÓRIA DE UNIÃO ESTÁVEL. INTERLOCUTÓRIO QUE DETERMINAVA COM ABSOLUTO DESACERTO A INCIDÊNCIA DO ART. 1790 DO CÓDIGO CIVIL CASO HOUVER DIREITO SUCESSÓRIO DA AGRAVADA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 1829, III, DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL QUE VEDA A DISTINÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA PARA FINS SUCESSÓRIOS. INTELIGÊNCIA, ADEMAIS, DO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ORDENADO O PROSSEGUIMENTO DO INVENTÁRIO. EQUÍVOCO RECONHECIDO. NECESSIDADE DE SUSPENSÃO ATÉ O TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO DECLARATÓRIA JÁ EM TRAMITAÇÃO, PROPOSTA PELA ORA AGRAVANTE. EXEGESE DO ART. 265, IV, "A", DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Os tribunais pátrios têm admitido a aplicação do art. 1.829 do Código Civil não somente para a cônjuge, como também para a companheira, colocando ambas em posição de igualdade na sucessão.

2. Mostra-se adequada a suspensão do inventário quando a decisão a ser proferida em ação declaratória de união estável tem a possibilidade de alterar completamente os herdeiros. Caso comprovada a existência de união estável, o direito sucessório da companheira exclui o dos sobrinhos do *de cujus*.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2007.006153-5, da comarca de Lages (3ª Vara Cível), em que é agravante Dorvina Rodrigues de Oliveira, e agravados Célio Córdova e outros:

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso. Custas legais.

RELATÓRIO

Dorvina Rodrigues de Oliveira interpôs agravo de instrumento contra a decisão judicial proferida nos autos de inventário pelo MM. Juiz de Direito, Doutor Stanley da Silva Braga, que realizou as seguintes determinações: a) indeferimento do pedido de suspensão do feito até o julgamento final da ação declaratória de união estável havida, em tese, entre a agravante e o *de cujus*; b) aplicabilidade do art. 1790, III, do Código de Processo Civil, ao caso concreto, razão pela qual a agravante teria direito à meação acrescida de um terço da herança, pois concorre com outros parentes sucessíveis; c) nomeação de Célio Córdova como inventariante.

Sustenta a agravante, em síntese, que há elementos de prova suficientes nos autos para que seja reconhecida, de plano, a união estável havida entre si e o *de cujus*, o que legitimaria sua nomeação como inventariante. Por outro lado, alega que o art. 1790, III, do Código Civil, não pode ser aplicado ao caso, pois faz diferenciação entre a companheira e a esposa, as quais já possuíam identidade de direitos garantida pela Constituição Federal. Ao final, pleiteia a reserva ou o sobrestamento dos bens inventariados até a resolução do mérito da ação declaratória de união estável.

A antecipação de tutela recursal almejada restou concedida pelo Desembargador Victor Ferreira, oportunidade em que restou determinada a suspensão da partilha de bens até o julgamento da ação declaratória de união estável, sem prejuízo do prosseguimento do inventário até a mencionada fase (fls. 134/138).

O inventariante agravado apresentou contraminuta pugnando pela revogação da antecipação de tutela recursal e pela manutenção do interlocutório (fls. 143/151).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustre Procurador Antenor Chinato Ribeiro, entendeu desnecessária a atuação ministerial no feito (fls. 154/155).

VOTO

1. *Ab initio*, impende salientar que não procede o pedido da agravante para que seja reconhecida, de imediato, a sua união estável com o *de*

para a vida em comum estabelecida por ambos, durante cerca de quarenta anos, trata-se de matéria que depende de ampla dilação probatória, e que não pode ser reconhecida por meio do procedimento específico do inventário, conforme postulou a agravante.

2. Apesar da impossibilidade, por ora, de admissão da agravante no inventário como herdeira do falecido, denota-se que o Magistrado singular já determinou que, na hipótese de vir isto acontecer, é aplicável ao caso o art. 1.790, III, do Código Civil, segundo o qual a companheira, além da meação, terá direito a um terço da herança.

Todavia, não se pode deixar de considerar que o referido Diploma Legal, ao dispor sobre sucessão, estabeleceu uma diferença de tratamento entre a companheira e a cônjuge, atribuindo à primeira a regra estabelecida no art. 1.790, e à segunda, o disposto no art. 1.829, senão vejamos:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Da leitura destes dois dispositivos, constata-se que a companheira foi colocada em posição inferior e desvantajosa em relação à cônjuge, como consequência de uma clara distinção entre os institutos do casamento e da união estável.

Em função disso, instaurou-se um grande debate doutrinário e jurisprudencial com duas correntes, a primeira, no sentido de manter a diferenciação,

para a cônjuge quanto para a companheira, atribuindo-lhes isonomia.

Todavia, esta Câmara firmou posicionamento no sentido de repudiar o preconceito à companheira, aplicando o art. 1.829, do Código Civil, seja para a sucessão que envolva cônjuge, seja para a sucessão que envolva companheira.

Mesmo porque, a própria Constituição Federal confere tratamento igualitário ao casamento e à união estável, assegurando a proteção do Estado a fim de impedir qualquer tipo de discriminação às companheiras de acordo com o art. 226, § 3º, que prevê o seguinte: *"Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento"*.

Em caso análogos, já se pronunciou este egrégio Tribunal:

CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. DECISÃO QUE IMPEDIU A PARTICIPAÇÃO DA COMPANHEIRA NA SUCESSÃO AO ARGUMENTO DE QUE LHE BASTAVA A MEAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DIREITO À SUCESSÃO ASSEGURADO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DOS ARTS. 1829, I, 1.725, AMBOS DO CÓDIGO CIVIL. VEDADA A DISTINÇÃO ENTRE CÔNJUGE E COMPANHEIRA PARA FINS SUCESSÓRIOS OPERADA PELO ART. 1.790 DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. INTELIGÊNCIA DO ART. 226, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Os tribunais pátrios têm admitido a aplicação do art. 1.829, I, c/c art. 1.725 do referido Diploma Legal não somente para os cônjuges, como também para os companheiros, colocando ambos em posição de igualdade na sucessão (AC n.º 2007.035282-1, deste relator, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Paulo Roberto Camargo Costa e Jaime Luiz Vicari).

ORDEM DE VOCAÇÃO HEREDITÁRIA – UNIÃO ESTÁVEL (CC, ART. 1.790) – INAPLICABILIDADE – DESIGUALDADE NO TRATAMENTO ENTE CÔNJUGE E COMPANHEIRO SOBREVIVOS – ISONOMIA QUEBRADA – VIOLAÇÃO DO ART. 226 DA CF/88 – APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 1.829 DO CC.

A Carta Magna de 1988, por meio de seu art. 226, igualou a união estável e o casamento no tocante a direitos e proteção estatal, não havendo qualquer razão para que haja diferenças no tratamento entre os cônjuges e os companheiros. Desse modo, o art. 1.790 do Código Civil, que regula a ordem de sucessão na união estável, mostra-se em desacordo com o ordenamento constitucional, pois não observa a mencionada igualdade, reduzindo o direito do companheiro supérstite, se comparado com o rol de garantias conferidas ao cônjuge sobrevivente (AC n.º 2007.017209-6, Des.ª Salete Silva Sommariva, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e

E do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, colhe-se o seguinte julgado:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade, assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei. Preliminar não conhecida e recurso provido. (Agravado de Instrumento Nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007) (AI n. 70020389284, Des. Ricardo Raupp Ruschel).

Dessa forma, caso comprovada a união estável da agravante com o *de cujus*, e sua conseqüente qualidade de herdeira, o inventário prosseguirá e se levará em consideração o disposto no art. 1829, III, do Código Civil, o qual estabelece que a sucessão legítima defere-se de forma exclusiva à cônjuge sobrevivente quando não há parentes em linha reta, excluindo-se os colaterais.

3. Diante da aplicabilidade do dispositivo supracitado, mostra-se necessária a suspensão do inventário até o deslinde da ação declaratória de união estável movida pela agravada, pois caso comprovada sua condição de herdeira, conforme já explicitado, os sobrinhos do autor da herança serão excluídos da sucessão.

Saliente-se que não se pode sequer falar em reserva de quinhão para o prosseguimento do feito, uma vez que a totalidade dos bens caberá à companheira, caso comprovada a união estável. Existe, portanto, uma relação de dependência entre os objetos da ação declaratória e do inventário, motivo este que justifica a suspensão do feito com base no art. 265, IV, a, do Código de Processo Civil.

Em hipótese idêntica, assim decidiu este Corte:

APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE INVENTÁRIO – NULIDADE DA SENTENÇA – SUSPENSÃO DO PROCESSO ATÉ O DESLINDE DA AÇÃO DE RECONHECIMENTO DE SOCIEDADE CONJUGAL – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 265, INCISO IV, LETRA “A” DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – DIREITO À HERANÇA – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

O reconhecimento prévio em demanda judicial acerca da existência de união estável entre o *de cujus* e a autora/apelante é questão prejudicial que merece ser resolvida em face do direito hereditário postulado em ação de inventário (AC n.º 2002.014486-5, Rel. Des. Joel Dias Figueira Júnior, com votos vencedores dos Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Maria do Rocio Luz Santa Ritta).

4. Ante o exposto, vota-se no sentido de dar provimento parcial ao recurso para estabelecer a aplicação do art. 1829, III, do Código Civil, na hipótese de restar comprovada a união estável entre a agravante e o *de cujus*, bem como suspender o inventário até o trânsito em julgado da ação declaratória de união estável n.º 039.06.015574-2.

DECISÃO

Nos termos do voto do relator, à unanimidade, deram provimento parcial ao recurso.

O julgamento, realizado nesta data, foi presidido pelo Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, com voto, e dele participou a Exma. Sra. Des.^a Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 30 de setembro de 2008.

Marcus Tulio Sartorato
RELATOR

438058

Órgão : Conselho Especial
Classe :

AIL – Arguição de Inconstitucionalidade

N. Processo : 2010 00 2 004631-6
Argüente : DESEMBARGADOR RELATOR DO AGI 2009002010782-8
Argüido : NÃO HÁ
Interessado : MARIA DIOGO DO CARMO DE MELLO E OUTROS
Interessado : MARIA DO CARMO DIAS
Relator Des. : OTÁVIO AUGUSTO

EMENTA

CONSTITUCIONAL E CIVIL. ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 1.790, INCISO III, DO CÓDIGO CIVIL. DIREITO SUCESSÓRIO DO COMPANHEIRO DIFERENCIADO EM RELAÇÃO AO CÔNJUGE SUPÉRSTITE. UNIÃO ESTÁVEL NÃO EQUIPARADA AO CASAMENTO PELA CONSTITUIÇÃO. ARTIGO 226, §3º, DA CF. ARGUIÇÃO REJEITADA.

- Embora o legislador constituinte tenha reconhecido a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não a equiparou ao casamento de modo a atrair a unificação do regime legal acerca do direito sucessório, haja vista a observação final no texto constitucional da necessidade de lei para a facilitação de sua conversão em casamento – artigo 226, §3º, da CF.

- Não incide em inconstitucionalidade o tratamento diferenciado conferido pelo artigo 1790, inciso III, do Código Civil, acerca do direito sucessório do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite quanto à concorrência daquele com outros parentes sucessíveis do *de cujus*.

- Arguição rejeitada. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da Sexta Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, **OTÁVIO AUGUSTO, ROMÃO C. OLIVEIRA, CRUZ MACEDO, SÉRGIO BITTENCOURT, CARMELITA BRASIL, J. J. COSTA CARVALHO, SANDRA DE SANTIS, HUMBERTO ADJUTO ULHOA, VERA ANDRIGHI, ANGELO PASSARELI, JOSÉ DIVINO, ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, NATANAEL CAETANO, LÉCIO RESENDE e DÁCIO VIEIRA**, sob a presidência do Desembargador **DÁCIO VIEIRA**, em **rejeitar a arguição de**

inconstitucionalidade, proclamando a constitucionalidade do dispositivo legal, à unanimidade, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília-DF, 1º de junho de 2010.

Desembargador **OTÁVIO AUGUSTO**

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade suscitada pelo eminente Des. Sérgio Bittencourt, nos autos do Agravo de Instrumento nº 2009.00.2.010782-8, interposto contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Primeira Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília, na qual, em autos de inventário, afastou a incidência do artigo 1790, inciso III, do Código Civil de 2002, em face da sua inconstitucionalidade, e aplicou em favor da companheira do *de cujus* as regras dos artigos 1.829, inciso III, e 1.838 daquele diploma legal, excluindo da sucessão os herdeiros colaterais do inventariado (fls. 181/183).

A e. Quarta Turma Cível acolheu a instauração do incidente, tendo sido lavrado o seguinte acórdão, *in verbis*:

“CONSTITUCIONAL E CIVIL – SUCESSÃO – COMPANHEIRA – COLATERAIS – ART. 1.790, INCISO III, DO CC – ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE – SÚMULA VINCULANTE 10 – REMESSA AO CONSELHO ESPECIAL.

Caso se entenda pela manutenção da decisão agravada, que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da regra inserta no art. 1.790, III, do CC, este Eg. Tribunal estará confirmando a inconstitucionalidade ou, no mínimo, afastando a aplicabilidade da norma, e tal tarefa não pode se dar no âmbito do órgão fracionário sem que se observe a regra da reserva de plenário (art. 97 da CF, e Súmula vinculante 10 do STF).”

A D. Procuradoria-Geral de Justiça, em seu parecer lançado às fls. 204/210 dos presentes autos, oficia pelo conhecimento e acolhimento da arguição de inconstitucionalidade, a fim de que seja afastada a aplicação do inciso III do artigo 1.790 do Código Civil em vigor.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador OTÁVIO AUGUSTO - Relator

Presentes os pressupostos de admissibilidade do incidente, dele se conhece.

Objetiva a presente arguição de inconstitucionalidade o exame e pronunciamento acerca da constitucionalidade, ou não, do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil.

Esclarece-se que a incidência do referido dispositivo legal foi afastada em autos de inventário pelo MM. Juiz de Direito da Primeira Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília, ante o reconhecimento de sua inconstitucionalidade, o que ensejou a interposição do Agravo de Instrumento nº 2009.00.2.010782-8, no qual foi suscitado e instaurado o presente incidente de inconstitucionalidade.

De início, cumpre transcrever a norma legal *sub examen, in verbis*:

“Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

...

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança,”

Em capítulo diverso, o atual Código Civil disciplinou a ordem de vocação hereditária nos seguintes termos, *in verbis*:

“Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I - aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II - aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III - ao cônjuge sobrevivente;

IV - aos colaterais.

Art. 1.838. Em falta de descendentes e ascendentes, será deferida a sucessão por inteiro ao cônjuge sobrevivente.”

Do cotejo dos dispositivos legais supra mencionados, resulta evidente que, na falta de descendentes e ascendentes do *de cujus*, caberá ao companheiro ou à companheira sobrevivente o direito a um terço da herança, enquanto que, ao cônjuge supérstite, é assegurada a sua integralidade.

Nesse diapasão, registra-se que a questão trazida nesta sede é a de se saber se o tratamento conferido pela legislação civil quanto ao direito sucessório do cônjuge supérstite, previsto no artigo 1829 e incisos do Código Civil, prevalece, ou não, em relação ao companheiro sobrevivente, disciplinado no artigo 1.790,

inciso III, daquele diploma legal, e se este estaria a malferir o artigo 226, §3º, da Constituição Federal, que assim dispõe, *in verbis*:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

...

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.”

Observa-se, contudo, que apesar de o legislador constituinte ter reconhecido a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, não a equiparou ao casamento, de modo a atrair a unificação do regime legal acerca do direito sucessório, haja vista a observação final no texto constitucional da necessidade de lei para a facilitação de sua conversão em casamento.

Não se olvida a existência de entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que reconhecem a inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil em razão do disposto no §3º, do artigo 226, da Constituição Federal, sendo que não se pode conferir interpretação à norma constitucional de forma a inferir naquele sentido se não houve a equiparação dos institutos do casamento e da união estável.

Conforme bem ressaltou Manoel Gonçalves Ferreira Filho, em sua obra Curso de Direito Constitucional, *“nota-se, portanto, que a própria Constituição Federal ainda prefere à união estável o casamento. De fato, manda que a lei venha a “facilitar sua conversão em casamento”* (Ed. Saraiva, 35ª edição, 2009, págs. 374/375).

Confira-se a abalizada doutrina a respeito da questão *sub judice*, *in verbis*:

“Até a promulgação da Constituição de 1988, dúvidas não havia de que o companheiro ou companheira não eram herdeiros. A nova Carta reconheceu a união estável do homem e da mulher como entidade a ser protegida (art. 226, §3º, “devendo a lei facilitar a sua conversão em casamento”). Contudo, em que pesem algumas posições doutrinárias e jurisprudenciais isoladas, tal proteção não atribuiu direito sucessório à companheira ou companheiro.

...

Poderia o legislador ter optado em fazer a união estável equivalente ao casamento, mas não o fez.

...

Como examinamos, embora haja o reconhecimento constitucional, as semelhanças entre o casamento e a união estável restringem-se apenas aos elementos essenciais”. In: Direito Civil, Direito das Sucessões, Vol. 7, Sílvio de Salvo Venosa 3ª edição, Ed. Atlas, 2003, págs. 111 e 113.

“A Constituição Federal não cuidou de equiparar os direitos entre os companheiros aos destinados aos cônjuges, como o fez em relação aos filhos, igualando-os em seus direitos, independentemente se havidos no casamento ou fora dele, se consanguíneos, adotivos ou socioafetivos. Ao acrescentar, no texto do art. 226, §3º,

o complemento “devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”, na opinião de alguns autores o constituinte teria situado a união estável em situação inferior ao instituto do casamento. Daí o critério do legislador ordinário ao tratar, separadamente, da sucessão entre cônjuges e companheiros”. In: Curso de Direito, Direito das Sucessões, Vol. 6, Paulo Nader, Ed. Forense, 2ª edição, 2008, pág. 148.

No mesmo sentido, confira-se o seguinte aresto desta E. Corte de Justiça em caso similar, *in verbis*:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. COMPANHEIRO SOBREVIVENTE. HERANÇA. PARTICIPAÇÃO. CONCORRÊNCIA COM DESCENDENTES. ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL. PRIVILÉGIO EM RELAÇÃO A CÔNJUGE SOBREVIVENTE. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA. INEXISTÊNCIA.

A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EQUIPAROU O INSTITUTO DA UNIÃO ESTÁVEL AO DO CASAMENTO, TENDO TÃO SOMENTE RECONHECIDO AQUELE COMO ENTIDADE FAMILIAR (ART. 226, §3º, CF). DESSA FORMA, É POSSÍVEL VERIFICAR QUE A LEGISLAÇÃO CIVIL BUSCOU RESGUARDAR, DE FORMA ESPECIAL, O DIREITO DO CÔNJUGE, O QUAL POSSUI PRERROGATIVAS QUE NÃO SÃO ASSEGURADAS AO COMPANHEIRO. SENDO ASSIM, O TRATAMENTO DIFERENCIADO DADO PELO CÓDIGO CIVIL A ESSES INSTITUTOS, ESPECIALMENTE NO TOCANTE AO DIREITO SOBRE A PARTICIPAÇÃO NA HERANÇA DO COMPANHEIRO OU CÔNJUGE FALECIDO, NÃO OFENDE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA, MESMO QUE, EM DETERMINADOS CASOS, COMO O DOS PRESENTES AUTOS, POSSA PARECER QUE O COMPANHEIRO TENHA SIDO PRIVILEGIADO. O ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL, PORTANTO, É CONSTITUCIONAL, POIS NÃO FERE O PRINCÍPIO DA ISONOMIA.”

(AGI 2009.00.2.001862-2, reg. ac. nº 355492, Rel. NATANAEL CAETANO, Primeira Turma Cível, DJ-e 11/05/2009, pág. 81).

Em seu judicioso voto, ponderou o eminente Des. Natanael Caetano que *“induidosamente, a legislação civil criou diferenças entre os institutos da união estável e do casamento, e isso é da própria essência do Estado em que vivemos, pois, apesar de se reconhecer a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, a base sólida dessa entidade sempre foi e continua sendo o casamento”*.

Nesse contexto, não há qualquer ofensa à norma constitucional que reconhece a união estável como entidade familiar, assim como ao princípio da isonomia, o tratamento conferido pelo artigo 1790, inciso III, do Código Civil, acerca do direito sucessório do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite quanto à concorrência daquele com outros parentes sucessíveis do *de cujus*.

Nessa conformidade, REJEITA-SE a presente arguição de inconstitucionalidade, haja vista a manifesta constitucionalidade do artigo 1.790, inciso III, do Código Civil.

O Senhor Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA – Vogal

Senhor Presidente, peço vista.

O Senhor Desembargador CRUZ MACEDO – Vogal

Aguardo.

O Senhor Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA – Vogal

Aguardo, Senhor Presidente.

O Senhor Desembargador SÉRGIO BITTENCOURT – Vogal

Aguardo, Senhor Presidente.

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL – Vogal

Aguardo, Excelência.

O Senhor Desembargador J. J. COSTA CARVALHO – Vogal

Aguardo, Senhor Presidente.

A Senhora Desembargadora SANDRA DE SANTIS – Vogal

Aguardo.

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI – Vogal

Senhor Presidente, peço licença a todos para adiantar o meu voto, que é no sentido de acompanhar o eminente Relator.

O Senhor Desembargador ANGELO PASSARELI – Vogal

Senhor Presidente, peço licença para adiantar o meu voto.

Do longo tempo em que trabalhei nas varas de família, desde sempre, aprendi que o único meio de se atingir o estado conjugal é o casamento e que a união estável é fato do qual decorrem efeitos jurídicos, porque assim quis o legislador.

Portanto, Senhor Presidente, concordo plenamente com o Desembargador Otávio Augusto, pois o estado conjugal só tem uma porta de entrada, qual seja o casamento, não existe outra. A união estável é fato do qual decorrem efeitos jurídicos.

Acompanho S. Ex.^a.

O Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO – Vogal

Aguardo.

O Senhor Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI – Vogal

Aguardo, Senhor Presidente.

O Senhor Desembargador NATANAEL CAETANO – Vogal

Senhor Presidente, vou pedir vênia para antecipar o meu voto, porque o meu entendimento foi sobejamente esclarecido no voto do eminente Relator, a quem acompanho, pedindo vênia ao Desembargador Romão C. Oliveira, que pediu vista, e aos demais Colegas que aguardam.

O Senhor Desembargador LÉCIO RESENDE – Vogal

Senhor Presidente, também peço vênia para antecipar o meu voto, e, neste sentido, acompanhar o eminente Relator em virtude da nítida diferença existente entre casamento e união estável.

Se a lei fala que facilitará a conversão da união estável em casamento é porque a união estável não é casamento. Estabelecida essa diferença, o desate há de ser o proposto pelo eminente Relator.

Acompanho S. Ex.^a.

O Senhor Desembargador DÁCIO VIEIRA – Presidente e Vogal

Também antecipo meu voto, na esteira do entendimento do eminente Relator, que bem trouxe à baila o que dispõe a Constituição Federal, no art. 226, no sentido de que a família é a base da sociedade, e, no § 3º, reconhece a união estável como entidade familiar, devendo a lei facilitar a conversão em casamento. S. Ex.^a trouxe também as questões relativas à restrição quanto ao direito sucessório.

Há evidente distinção entre a união estável e o casamento. Com essas breves considerações, a meu sentir, o artigo 1.790, III, do Código Civil é constitucional.

Acompanho o eminente Relator.

DECISÃO

Após o voto do Relator, conhecendo e rejeitando a arguição, no que foi acompanhado por cinco Desembargadores, pediu vista o Desembargador Romão C. Oliveira. Os demais aguardam.

O Senhor Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA – Vogal (voto de vista)

Cuida-se de arguição de inconstitucionalidade do inciso III, do art. 1.790 do Código Civil. Pretende o Doutor Juiz aplicar as regras dos artigos 1.829, III e 1.838 do mesmo Código, em detrimento da norma específica que rege o direito da companheira. Sobreveio o agravo de instrumento e, conseqüentemente, ante a reserva de plenário, argüiu-se o exame da constitucionalidade da norma já enfocada.

Argumenta-se que deve prevalecer a igualdade familiar proveniente do casamento e a decorrente da união estável.

A Constituição Federal determina que a lei deve facilitar a conversão da união estável entre o homem e a mulher em casamento (Art. 226, parágrafo 3º). Antes, a mesma Carta Política já asseverara que o casamento é civil e gratuita a sua celebração.

Bem se depreende que o constituinte estabeleceu a primazia para o casamento civil como fonte da família e base da sociedade. Daí, dúvida não há: nenhuma lei pode ser validamente aceita se do seu comando extrair-se a desnecessidade do casamento. Observe-se: quando o constituinte quis equiparar certa solenidade ao casamento civil, fê-lo expressamente, como assentado está no parágrafo segundo do art. 226. E, querendo distinguir a união estável do casamento, redigiu o comando hospedado no parágrafo terceiro, nestes termos:

“Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.**” (grifei).

O casamento continua sendo indispensável, embora a Estado proteja a união estável existente entre o homem e a mulher. Sem mácula, pois, o art. 1.790, III, do Código Civil. Maculoso, *venia concessa* é o entendimento daqueles que pretendem afastar o comando legal em apreço dando a união estável como equivalente ao casamento, quando o constituinte determinou que deve ser facilitada a conversão. Noutras palavras: o constituinte pretendeu que toda união estável se converta em casamento. E é quanto basta para que se proclame que união estável ainda não é casamento.

Senhor Presidente, com estes adminículos, acompanho o voto proferido pelo eminente Relator.

E é como voto.

O Senhor Desembargador CRUZ MACEDO – Vogal

Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador SÉRGIO BITTENCOURT – Vogal

Senhor Presidente, acompanho o voto do eminente Relator. Não vejo a inconstitucionalidade que

foi observada pelo Juiz de 1.^a Instância, por isso acompanho a maioria.

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL – Vogal

Senhor Presidente, a doutrina tem feito exacerbadas críticas à regra ora inquinada de inconstitucional, no sentido de chamar para suceder colaterais que, muitas vezes, não guardam sintonia alguma de relacionamento com o falecido, deixando para trás aquela ou aquele que, na maioria das vezes, dividiu uma vida em comum com o de cujus durante longos anos.

Apesar da injustiça consagrada na regra ora em comento, não vejo inconstitucionalidade nessa regra, por isso acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador J. J. COSTA CARVALHO – Vogal

Acompanho o eminente Relator, Senhor Presidente.

A Senhora Desembargadora SANDRA DE SANTIS – Vogal

Também acompanho o eminente Relator, Senhor Presidente.

O Senhor Desembargador HUMBERTO ADJUTO ULHÔA – Vogal

Acompanho o Relator.

O Senhor Desembargador JOSÉ DIVINO – Vogal

Como bem enfatizaram o eminente Relator e o voto vista do Desembargador Romão C. Oliveira, a Constituição Federal quis realmente prestigiar o casamento como a célula *mater* da sociedade. Se o convivente quiser o mesmo direito de casado, que convole em casamento a sua união estável para ter esse direito.

Não vejo inconstitucionalidade alguma na mencionada norma, por isso acompanho o eminente Relator.

O Senhor Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI – Vogal

Acompanho o eminente Relator.

DECISÃO

Foi rejeitada a arguição de inconstitucionalidade, proclamando a constitucionalidade do dispositivo legal. Unânime.



Superior Tribunal de Justiça
Revista Eletrônica de Jurisprudência

[Imprimir](#) 

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

EMENTA

CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC2002. NÃO CONHECIMENTO.

1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.
2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia CORTE ESPECIAL do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer não conhecendo do incidente, os votos dos Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Benedito Gonçalves, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo, no mesmo sentido, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti conhecendo do incidente, por maioria, não conhecer da arguição de inconstitucionalidade.

Vencidos os Srs. Ministros Relator, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti.

Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha e Maria Thereza de Assis Moura.

Convocados os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sidnei Beneti, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo, que se declararam aptos a participar do julgamento.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 03 de outubro de 2012

MINISTRA LAURITA VAZ
Presidente

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
Relator

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (20090160051-5)

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

1. Nos autos do inventário dos bens deixados por Onaldo Lins de Luna, falecido em 7.4.2007, sem descendentes ou ascendentes, o Juízo de Direito da 13ª Vara Cível da Comarca de João Pessoa determinou que a inventariante, Maria Jaideth Miranda - com quem o *de cujus* mantivera união estável por 26 (vinte e seis) anos, com sentença declaratória passada em julgado (fls. 9-11, e-STJ) -, nomeasse e qualificasse todos os herdeiros sucessíveis do falecido, ao fundamento de que, nos termos do art. 1.790-III do Código Civil de 2002, o companheiro "somente será tido como único sucessor quando não houver *parentes sucessíveis*, o que inclui os *parentes colaterais*, alterando nesse ponto o art. 2º da Lei 8.971/94, que o contemplava com a totalidade da herança apenas na falta de *ascendentes e descendentes*" (fl. 29, e-STJ).

Contra essa decisão, a inventariante interpôs agravo de instrumento sob alegação de ser herdeira universal, uma vez que o art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, por afronta ao art. 226, § 3º, da Constituição Federal, bem como pelo fato de que o mencionado dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 1.829, CC/02, que confere ao cônjuge supérstite a totalidade da herança, na falta de ascendentes e de descendentes.

Foi negado provimento ao agravo, nos termos da seguinte ementa:

Agravo de instrumento. Arrolamento sumário. Direito sucessório. União estável. Revogação da Lei n. 8.971/94. Aplicação do Código Civil em vigor. Desprovimento do agravo. Com a vigência do novo Código Civil, houve alteração na regulamentação e ab-rogação tácita à sistemática estabelecida na Lei n.º 8.971/94. (fl. 86, e-STJ)

Sobreveio recurso especial apoiado nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, no qual se alegou, em essência, que o acórdão recorrido aplicou mal o art. 1.790 do CC/02, bem como as Leis n. 8.971/94 e 9.278/96.

Sinalizou dissídio jurisprudencial quanto à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício.

Nessa linha, pleiteou a recorrente, companheira do falecido, a totalidade da herança e o afastamento dos colaterais.

A Quarta Turma, por unanimidade, suscitou o exame quanto à inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil de 2002, premente a controvérsia doutrinária e jurisprudencial sobre a questão, remetendo

a esta egrégia Corte Especial a apreciação do tema, por força do que dispõem o art. 97 da Constituição Federal, art. 480 do Código de Processo Civil e art. 200 do RISTJ.

O Ministério Público Federal, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República Maurício Vieira Bracks, opina pela **proclamação da inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil**, para que, no caso concreto, se afaste a exigência de o recorrente nomear e qualificar todos os parentes colaterais até o quarto grau do companheiro falecido.

O membro do *Parquet*, apoiado em doutrina especializada, expõe precariedades e debilidades do regime sucessório da união estável, notadamente quando o companheiro sobrevivente concorre com ascendentes e com colaterais do falecido, apresentando também substancial discrepância quando comparado com o regime sucessório aplicável aos cônjuges casados.

Aduz Sua Excelência que nada justifica o retrocesso advindo dos referidos incisos do artigo 1.790 do Código Civil de 2002, sobretudo quando se considera que após a promulgação da Constituição Federal de 1988, cujo artigo 226, *caput* e parágrafo 3º, reconheceu e resguardou a união estável "como entidade familiar merecedora de especial proteção do Estado, a legislação infraconstitucional regulamentadora já vinha buscando ampliar essa *equalização do companheiro ao cônjuge*" (fl. 166).

Em apoio a sua tese, finaliza o Ministério Público Federal com o magistério de Zeno Veloso, cujo cerne argumentativo extraio dos seguintes excertos:

No direito sucessório brasileiro já estava consolidado e quieto o entendimento de que, na falta de parentes em linha reta do falecido, o companheiro sobrevivente devia ser o herdeiro, afastando-se os colaterais e o Estado. [...]

Na sociedade contemporânea, já estão muito esgarçadas, quando não extintas, as relações de afetividade entre parentes colaterais de quarto grau (primos, tios-avós, sobrinhos-netos). Em muitos casos, sobretudo nas grandes cidades, tais parentes mal se conhecem, raramente se encontram. E o atual Código Civil brasileiro, que começou a vigorar no Terceiro Milênio, resolve que o companheiro sobrevivente, que formou família, manteve uma comunidade de vida com o falecido, só vai herdar, sozinho, se não existirem descendentes, ascendentes, nem colaterais até o quarto grau do *de cujus*. Temos de convir: isso é demais! Para tornar a situação mais grave e intolerável, conforme a severa restrição do *caput* do art. 1.790, que foi analisado acima, o que o companheiro sobrevivente vai herdar sozinho não é todo o patrimônio deixado pelo *de cujus*, mas apenas o que foi adquirido na constância da união estável e a título oneroso.

Haverá alguma pessoa, neste País, jurista ou leigo, que assegure que tal solução é boa e justa? Por que privilegiar a esse extremo vínculos biológicos, ainda que remotos, em prejuízo dos vínculos de amor, da afetividade? Por que os membros da família parental, em grau longínquo, devem ter preferência sobre a família afetiva (que em tudo é comparável à família conjugal) do hereditando?

[...]

Se a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado; se a união estável é reconhecida como entidade familiar; se estão praticamente equiparadas as famílias matrimonializadas e as famílias que se criaram informalmente, com a convivência pública e duradoura entre homem e a mulher, a discrepância entre a posição sucessória do cônjuge supérstite e a do companheiro sobrevivente, além de contrariar o sentimento e as aspirações sociais, fere e maltrata, na letra e no espírito, os fundamentos constitucionais. (fls. 167-168)

É o relatório.

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (20090160051-5)

VOTO

O SR. MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO (Relator):

2. O regime sucessório da união estável previsto no Código Civil de 2002 é tema que, deveras, tem despertado intenso debate doutrinário e jurisprudencial, porquanto o legislador de 2002 alterou a ordem de vocação hereditária prevista na lei pretérita (Lei n. 8.971/94), criando um sistema, para os companheiros, diverso daquele previsto para os cônjuges casados.

Para melhor visualização da controvérsia, transcrevo, por primeiro, o art. 2º da Lei n. 8.971/94, parcial e tacitamente revogada pelo Código Civil/2002:

Art. 2º As pessoas referidas no artigo anterior participarão da sucessão do(a) companheiro(a) nas seguintes condições:

I - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito enquanto não constituir nova união, ao usufruto de quarta parte dos bens do de cujos, se houver filhos ou comuns;

II - o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito, enquanto não constituir nova união, ao usufruto da metade dos bens do de cujos, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes;

III - na falta de descendentes e de ascendentes, o(a) companheiro(a) sobrevivente terá direito à totalidade da herança. (grifei)

O Código Civil de 2002, por sua vez, ampliou as hipóteses de concorrência do companheiro sobrevivente, determinando que, à falta de ascendentes e descendentes do falecido, deverão ser chamados **outros parentessucessíveis** para participar da herança, aquinhoando estes, inclusive, percentual superior ao que toca ao convivente supérstite.

Nos termos do que dispõe o art. 1.790, III, daquele Diploma, no tocante aos "bens adquiridos onerosamente na constância da união estável", quando o companheiro sobrevivente concorrer com "outros parentes sucessíveis", terá direito a apenas **um terço** da herança, tocando aos colaterais os outros **dois terços** do mesmo acervo hereditário, *verbis*:

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Os "outros parentes sucessíveis", afora descendentes e ascendentes (incisos I e IV), são os colaterais até o quarto grau, por força do que dispõem os arts. 1.592 e 1.839.

No caso, se aplicada a letra da lei, o companheiro pode ser obrigado a concorrer com os primos do falecido ou com os conhecidos popularmente por "tios-avós" e "sobrinhos-netos", evidentemente à ausência de parentes de graus mais próximos do *de cujus*, como irmãos, tios e sobrinhos.

Por outro lado, no diploma civil atual, diversa é a ordem de vocação hereditária aplicável ao casamento, especialmente no que concerne aos parentes legitimados a concorrer com o cônjuge sobrevivente, conforme se depreende do art. 1.829, *verbis*:

Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

- I - **aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente**, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;
- II - **aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge**;
- III - **ao cônjuge sobrevivente**;
- IV - **aos colaterais**.

Com efeito, segundo a ordem de vocação engendrada pelo Código Civil/2002 para o casamento, o cônjuge supérstite **concorre apenas com os descendentes**, na ausência dos quais serão chamados os **ascendentes**.

Ademais, em frontal diferença de tratamento com a regra para a união estável, na ausência de descendentes e ascendentes, o cônjuge recebe a totalidade da herança, inclusive os bens particulares.

Destarte, a controvérsia é quanto à legitimidade constitucional desse tratamento conferido ao regime sucessório da união estável, precisamente no que concerne à longa cadeia colateral de concorrência de parentes do falecido com o companheiro sobrevivente, assim também à fração reduzida que toca a este, bem como se há amparo na Lei Maior para a diferenciação entre os regimes da união estável e do casamento.

3. Convém, para tanto, realizar um resumo histórico quanto aos dois institutos, casamento e união estável, para então se chegar ao paradigma jurídico atual de ambos, a Constituição Federal de 1988.

É fato notório que o casamento, no Brasil, nas diversas fases da história do país, possuiu contornos diversos e também distintas funções na sociedade.

Antes da República, diante da parceria política até então existente entre Estado e Igreja Católica - que vinha desde o "descobrimento" -, o único modelo válido de casamento era o religioso, indissolúvel por essência e identificador exclusivo de uma família constituída.

Como noticia Arnoldo Wald, o Brasil, em matéria de casamento, esteve durante três séculos sujeito "às determinações do Concílio de Trento, e, portanto, somente a Igreja Católica tinha competência para celebrar casamento, que havia sido elevado à condição de sacramento" (WALD, Arnoldo. *Direito civil brasileiro: o novo direito de família*. São Paulo: Saraiva, 16 ed. 2006, p. 163).

Somente com o Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890, de redação atribuída a Ruy Barbosa, é que se promulga a primeira lei sobre casamento civil no Brasil, determinando o seu art. 109 que, daquela data em diante, "...todas as causas matrimoniais ficarão competindo exclusivamente à jurisdição civil. As pendentes, porém, continuarão o seu curso regular, no fôro ecclesiastico".

Portanto, após o Decreto, o casamento passou a ter natureza civil, mas continuou a manter traços religiosos, como a indissolubilidade, prevendo o art. 88 que "o divórcio não dissolve o vínculo conjugal, mas autoriza a separação indefinida dos corpos", e o art. 93 que o casamento válido "só se dissolve pela morte de um dos cônjuges".

Do mesmo modo, sobreleva notar o traçado patriarcal do casamento válido, constituindo "família legítima", assegurando ao marido o absoluto controle sobre a condução da família e especialmente da esposa.

Nesse sentido dispunha o art. 56 do Decreto n. 181, de 24 de janeiro de 1890:

Art. 56. São efeitos do casamento:

§ 1º Constituir família legítima e legitimar os filhos anteriormente havidos de um dos contrahentes com o outro, salvo si um destes ao tempo do nascimento, ou da concepção dos mesmos filhos, estiver casado com outra pessoa.

§ 2º Investir o marido da representação legal da família e da administração dos bens comuns, e daquelles que, por contracto ante-nupcial, devam ser administrados por elle.

§ 3º Investir o marido do direito de fixar o domicilio da família, de autorizar a profissão da mulher e dirigir a educação dos filhos.

§ 4º Conferir á mulher o direito de usar do nome da família do marido e gozar das suas honras e direitos, que pela legislação brasileira se possam communicar a ella.

§ 5º Obrigar o marido a sustentar e defender a mulher e os filhos.

§ 6º Determinar os direitos e deveres reciprocos, na fôrma da legislação civil, entre o marido e a mulher e entre elles e os filhos.

E foi exatamente a partir desse cenário que o Código Civil de 1916 foi edificado, propugnando seu art. 229 que "criando a família legítima, o casamento legítima os filhos comuns, antes dele nascidos ou concebidos".

Com efeito, apesar do aparente distanciamento entre Estado e Igreja, o casamento continuou a ser sacralizado e erigido ao degrau de única forma válida de manutenção da família, disposição consentânea com o § 4º, do art. 72 da Constituição de 1891, segundo o qual "a República só reconhece o casamento civil, cuja celebração será gratuita".

Assim, possuindo a "família legítima" uma única gênese, qual seja, o casamento, era mesmo de se esperar que o legislador de 1916, fiel a esse ideal, repudiasse qualquer ameaça ao arquétipo da estrutura familiar.

Nesse sentido, o art. 337 do Código de 1916 afirmava que "são legítimos os filhos concebidos na constancia do casamento", de logo rechaçando qualquer influxo externo à família matrimonializada pela vedação contida no art. 358: "os filhos incestuosos e os adulterinos não podem ser reconhecidos".

Nesse sentido, colaciono o esclarecedor magistério de Gustavo Tepedino:

A hostilidade do legislador pré-constituente às interferências exógenas na estrutura familiar e a escancarada proteção do vínculo conjugal e da coesão formal da família, inda que em detrimento da realização pessoal de seus integrantes - particularmente no que se refere à mulher e aos filhos, inteiramente subjugados à figura do cônjuge-varão - justificava-se em benefício da paz doméstica. Por maioria de razão, a proteção dos filhos extraconjugais nunca poderia afetar a estrutura familiar, sendo compreensível, em tal perspectiva, a aversão do código civil à concubina. O sacrifício individual, em todas essas hipóteses, era largamente compensado, na ótica do sistema, pela preservação da célula *mater* da sociedade, instituição essencial à ordem pública e modelada sob o paradigma patriarcal. (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In. A nova família. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, pp. 49-50)

Com o mesmo ideal prosseguiu a Carta Republicana de 1934, apregoando seu art. 144 que "a família, constituída pelo casamento indissolúvel, está sob a proteção especial do Estado".

Com redação idêntica contava o art. 124 da Constituição de 1937.

O art. 163 da Carta de 1946 manteve o monopólio do casamento para a constituição da família, tornando, porém, a prever os efeitos civis do casamento religioso, contanto que o ato fosse inscrito no registro público.

Disposição idêntica continha a EC n. 1 de 1969 (Constituição de 69) no art. 175.

Os diplomas pretéritos revelaram, de forma enfática, sua predileção à manutenção de uma família matrimonializada, abstraindo-se por completo as pessoas integrantes desse núcleo (salvo a figura do marido) individualmente consideradas, tudo isso em detrimento de valores que posteriormente foram reconhecidos como os mais caros à pessoa humana, como a dignidade, igualdade de tratamento perante a lei e o alienável direito de filiação.

Porém, não havia como, em meados da década de 80, sustentar o monopólio do casamento para a constituição da família ou a inferioridade da mulher diante do marido.

A realidade se impôs à ficção jurídica, e o novo perfil da sociedade se tornou tão evidente e contrastante com o ordenamento então vigente que se fez necessária uma revolução normativa, com reconhecimento expresso de outros arranjos familiares, rompendo-se, assim, com uma tradição secular de se considerar o casamento, civil ou religioso, com exclusividade, o instrumento por excelência vocacionado à formação de uma família.

Inaugura-se, em 1988, uma nova fase do direito de família e, consequentemente, do casamento, baseada na adoção de um explícito **poliformismo familiar** em que **arranjos multifacetados** são igualmente aptos a constituir esse núcleo doméstico chamado "família", recebendo todos eles a "especial proteção do Estado", antes conferida unicamente àquela edificada a partir do casamento.

Refiro-me ao paradigmático art. 226 da Constituição Federal de 1988, que, de maneira eloquente, abandona de vez a antiga fórmula - consagrada em todos os demais diplomas anteriores -, de vincular inexoravelmente a família ao casamento.

Estabeleceu a Carta Cidadã, no *caput* do mencionado dispositivo: "A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado", sem ressalvas, sem reservas, sem "poréns" quanto à forma de constituição dessa família.

Vale dizer, rompendo expressamente com o paradigma constitucional superado, salientou que, mais importante do que a forma pela qual essa família é constituída, é a maneira pela qual ela é protegida.

Ou seja, o comando principal do artigo é a "proteção especial", em si, independentemente de formalidades cartorárias ou religiosas, porquanto por trás dessa "proteção especial" reside a dignidade da pessoa humana, alçada, no texto constituinte, a fundamento da República (art. 1º, inciso III).

Daí que em seus parágrafos o art. 226 expõe, exemplificadamente, esses novos arranjos familiares que, de tão evidentes para a realidade social, não poderiam ser desconsiderados pela nova Carta, além de destinatários de especial proteção estatal, a saber, a união estável e a "comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes" - a chamada "família monoparental".

Nesse ponto, vêm a calhar as palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, na relatoria da ADPF n. 132/RJ, sobre a interpretação do art. 226 da CF/88:

De toda essa estrutura de linguagem prescritiva ("textos normativos", diria Friedrich Müller), salta à evidência que **a parte mais importante é a própria cabeça do art. 226, alusiva à instituição da família, pois somente ela - insista-se na observação - é que foi contemplada com a referida cláusula da especial proteção estatal. Mas família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída [...].** (grifado no original)

É bem de ver que o casamento, efetivamente, continua importante no âmbito constitucional.

A verdade é que as disposições sobre ele continuaram substancialmente as mesmas no texto original.

A família é que foi vista por um nova óptica, um "novo olhar, um olhar claramente humanizado", cujo foco, antes no casamento, voltou-se para a dignidade de seus membros.

Essa mudança foi analisada na mencionada ADPF 132/RJ:

"O casamento é civil e gratuita a celebração". Dando-se que "o casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei" (§§ 1º e 2º). Com o que essa figura do casamento perante o Juiz, ou religiosamente celebrado com efeito civil, comparece como uma das modalidades de constituição da família. **Não a única forma, como, agora sim, acontecia na Constituição de 1967, *literis*: "A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos"** (caput do art. 175, já considerada a Emenda Constitucional n. 1, de 1969). É

deduzir: se na Carta Política vencida, toda a ênfase protetiva era para o casamento, visto que ele açambarcava a família como entidade, agora, na Constituição vencedora, a ênfase tutelar se desloca para a instituição da família mesma. Família que pode prosseguir, se houver descendentes ou então agregados, com a eventual dissolução do casamento (vai-se o casamento, fica a família). Um liame já não umbilical como o que prevalecia na velha ordem constitucional, sobre a qual foi jogada, em hora mais que ansiada, a *última pá de cal*. (grifadono original)

Diante desses fatos, não parece mais consentâneo com a nova ordem constitucional diferenças grandes de tratamento entre os institutos relacionados à família, porquanto a Carta de 1988 coloca sob o mesmo manto da "especial proteção" da "família" todos esses novos arranjos.

4. Ainda na linha do exame histórico, percebe-se claramente a aversão do legislador de 1916 a qualquer outro tipo de legitimação do núcleo familiar, que não pelo casamento.

Não obstante essa completa repulsa normativa às uniões não matrimoniais, o ordenamento jurídico gradativamente se modificou e passou a reconhecer alguns direitos aos conviventes sem casamento.

A legislação acidentária atribuiu indenização a qualquer pessoa que vivia sob a dependência econômica do acidentado, na falta de esposa, filhos ou acendentes. Nesse sentido, o REsp. n. 589/SP, de relatoria do Ministro Athos Carneiro, prelecionou que "a concubina da vítima, falecida em acidente de trabalho e beneficiária da pensão previdenciária, é parte legítima *ad causam* para postular a indenização de direito comum" (QUARTA TURMA, julgado em 1408/1990, DJ 1009/1990, p. 9129).

Na mesma direção, a Súmula n. 35/STF: "Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio".

Também, por exemplo, a Lei de Registros Públicos, alterada pela Lei n. 6.216/75 - malgrado o evidente pudor próprio da época -, permitiu a utilização do nome do companheiro pela companheira: "a mulher solteira, desquitada ou viúva, que viva com homem solteiro, desquitado ou viúvo, excepcionalmente e havendo motivo ponderável, poderá requerer ao juiz competente que, no registro de nascimento, seja averbado o patronímico de seu companheiro [...]" (art. 57, § 2º).

Porém, coube ao direito pretoriano a evolução do tratamento conferido às uniões livres, antes chamadas indiscriminadamente de concubinato, revelando-se como um símbolo denso de significação a Súmula n. 380/STF: "Comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos, é cabível a sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum".

Nota-se, entretanto, que toda a construção jurisprudencial sobre o tema foi erigida à margem do direito de família, aplicando-se regras e princípios do direito das obrigações, para tratar a união afetiva como uma sociedade de fato, ou de responsabilidade civil, para se conceder à companheira uma indenização por serviços domésticos prestados.

Distinguia-se, para tanto, o concubinato puro - entre pessoas desimpedidas ou desquitadas -, e o impuro, também chamado adúltero.

Desse modo, também foi a Carta Política de 1988 que, a um só tempo, afastou a pejorativa alcunha do "concubinato" das uniões livres e desimpedidas e trouxe para o direito de família a então chamada união estável.

A união estável, na Constituição Federal de 1988, é entidade familiar digna da especial proteção do Estado, ciente o constituinte que os mesmos laços afetivos que ligam os cônjuges para a formação de uma família também ligam os companheiros na união estável, e os pais e filhos na família monoparental.

Em relação à união estável, colho a lúcida doutrina de Luís Roberto Barroso sobre esse percurso histórico:

Na vigência da Constituição de 1967, considerava-se que apenas através do casamento era possível ocorrer formação da família. Nenhuma outra forma de união era contemplada pelo texto, que dispunha: "*A família é constituída pelo casamento e terá direito à proteção dos Poderes Públicos*" (art. 167). Apesar da literalidade do dispositivo, a jurisprudência passou a reconhecer efeitos jurídicos às uniões livres, à medida que avançavam as concepções culturais e sociais. Verificou-se, ainda na vigência desse texto, uma verdadeira mutação constitucional do conceito de família, que seguiu as seguintes etapas principais: a) primeiramente, negava-se eficácia jurídica ao concubinato, estigmatizado pelo Código Civil de 1916 como relação insuscetível de qualquer proteção; b) em uma segunda etapa, parte dos dissídios começa a ser resolvida no plano do direito a um salário ou indenização por serviços domésticos prestados a seu par; c) em seguida, insere-se esse tipo de relação no direito obrigacional, de modo a impedir o enriquecimento injustificado de um dos concubinos em detrimento do outro. Reconhece-se, então, a existência de sociedade de fato; d) num momento posterior, passou-se a reconhecer como verdadeira união de fato entre companheiros, prevendo-se efeitos jurídicos na esfera assistencial, previdenciária, locatícia, etc.; e) **por fim, a Constituição de 1988 recepciona e aprofunda essa evolução, prevendo expressamente a figura da união estável como entidade familiar e afastando qualquer resquício de hierarquização entre tais uniões e o casamento** (sem grifo no original). (BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo*. 2 ed. São Paulo, Saraiva, 2010, pp. 137-138)

Finalmente, vieram à lume as Leis ns. 8.971, de 1994, e 9.278, de 1996, garantindo alguns direitos aos conviventes em união estável, como direito a alimentos, herança, condomínio dos bens adquiridos por ambos, usufruto e, posteriormente, direito real de habitação.

Resumindo, esses foram os dois caminhos traçados pelo casamento e pela hoje chamada união estável.

O casamento, inicialmente o religioso, como núcleo exclusivamente formador da família; hoje, inserido no poliformismo familiar arquitetado pela Carta Cidadã.

A união estável, antes colocada na indiscriminada vala do concubinato, caracterizado sobretudo pela clandestinidade das relações entre pessoas impedidas, alcança *status* também constitucional, cuja família por ela formada - ao lado daquela resultante do casamento e a monoparental - é digna também da especial proteção estatal.

5. A família é um fenômeno essencialmente natural-sociológico, cujas origens antecedem o próprio Estado.

É dizer: família é uma instituição pré-jurídica, surgida das mais remotas experiências de aglomeração e vinculação pelo parentesco e reciprocidade, anterior por isso mesmo ao próprio casamento, civil ou religioso.

Daí por que a vinculação da família exclusivamente ao casamento não resiste a nenhuma indagação antropológica sobre a origem da família.

Assim é que a Constituição Federal de 1988 adotou uma pluralidade qualitativa ou poliformismo familiar na concepção do que é "família", consentânea mesmo com a realidade social que emergia de maneira irrefreável. Por isso que, com muita razão, tem-se falado, modernamente, em "direito das famílias".

A família constitucionalizada, plúrima por expressa dicção constitucional, deixa de ser mera depositária de um casamento cartorário e passa a ser o núcleo doméstico fático vocacionado ao conforto emocional do indivíduo, "em que há flexibilidade e, indubitavelmente, mais intensidade no que diz respeito aos laços afetivos" (DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 38).

Ou, ainda, como afirmou Caio Mário da Silva Pereira, "substitui-se a organização autocrática por uma orientação democrático-afetiva. O centro de sua constituição deslocou-se do princípio da autoridade para o da compreensão e do amor" (*Instituições de direito civil*, v. V. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 19).

Nesse sentido, a visão pluralista de família, alicerçada substancialmente nos elos de afetividade, permite abarcar todos os tipos de união, de modo a alcançar indistintamente pelo conceito de família constitucionalizada aquelas decorrentes, tanto do casamento, quanto da união estável, além da conhecida família monoparental.

Assim é porque a família - digna de proteção especial - instrumentaliza um valor maior, erguido não só como direito, mas como fundamento da República pela Constituição de 88.

Trata-se da lente pela qual devem ser lidos os demais direitos e princípios constitucionais, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

De outra forma não se consegue explicar a proteção conferida pela Carta às entidades familiares não fundadas no casamento, senão pela dignidade inalienável dos membros que as compõem.

É como ressaltado pela eminente Ministra Nancy Andrighi, na relatoria do REsp. n. 872.659, ao afastar a pretensão indenizatória decorrente de relação concubinária:

Referido entendimento, no entanto, encontra-se, totalmente superado, porquanto ao ser alçada a **união estável** à categoria de entidade familiar – **equiparada ao casamento** –, foram tais vínculos subtraídos da órbita obrigacional e integrados, definitivamente, ao Direito de Família.

E foi a partir desse novo paradigma, ancorado no ideal de dignidade da pessoa humana, de afetividade, de solidariedade e de igualdade entre homem e mulher, que a Constituição Federal, no art. 226, gravou com a cláusula de especial proteção **todas as formas de famílias**.

Isso porque a proteção constitucional às famílias hospeda-se em valores presumidamente encontrados em todas elas, quais sejam, a dignidade da pessoa humana e a afetividade, "independentemente de formalidades cartorárias ou religiosas" (ADPF n. 132/RJ).

O cerne da proteção constitucional, com efeito, antes focalizado unicamente no casamento, desloca-se para a família, imediatamente, e de maneira mediata para os seus membros.

De modo que, atualmente, não se põe em dúvida a funcionalização da família para o desenvolvimento da personalidade de seus membros, "devendo a comunidade familiar ser preservada (apenas) como instrumento de tutela da dignidade da pessoa humana" (TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.* p. 56).

Nesse sentido, continua TEPEDINO:

À família, no direito positivo brasileiro, é atribuída proteção especial na medida em que a Constituição entrevê o seu importantíssimo papel na promoção da dignidade da pessoa humana. Sua tutela privilegiada, entretanto, é condicionada ao atendimento desta mesma função. Por isso mesmo, o exame da disciplina jurídica das entidades familiares depende da concreta verificação do entendimento desse pressuposto finalístico: merecerá tutela jurídica e especial proteção do Estado a entidade familiar que efetivamente promova a dignidade e a realização da personalidade de seus componentes. (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 395)

Além do explícito elenco de arranjos familiares listados pela própria Carta de 1988, importante sinal da mencionada "desmatrimonialização" da família constitucionalizada, é o que dispõe o § 6º do inciso VII do art. 227, segundo o qual "os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação".

Ou seja, o que antes era contemplado como instrumento de manutenção da "paz matrimonial" – a vedação ao reconhecimento de filhos "adulterinos" ou "incestuosos" –, recebeu explícita glosa pelo constituinte

originário, que igualou em direitos todos os filhos, havidos ou não do casamento, e proibiu até mesmo os vetustos codinomes de densa carga pejorativa.

Não há como sustentar, com efeito, que a Carta Cidadã tenha adotado predileção pela família constituída pelo casamento, relegada às uniões estáveis e às famílias monoparentais apenas a qualidade de "entidades familiares", como se as ditas "entidades familiares" fossem algo diferente de uma família.

É nesse sentido que o Ministro Ayres Brito asseverou:

[...] que a terminologia "entidade familiar" não significa algo diferente de "família", pois não há hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo núcleo doméstico. Estou adizer: a expressão "entidade familiar" não foi usada para designar um tipo inferior de unidade doméstica, porque apenas *a meio caminho* da família que se forma pelo casamento civil. Não foi e não é isso, pois inexistente essa figura de *sub-família*, *família de segunda classe* ou *família* "mais ou menos" (relembrando o poema de Chico Xavier). O fraseado apenas foi usado como sinônimo perfeito de família, que é um organismo, um aparelho, uma entidade, embora sem personalidade jurídica. Logo, diferentemente do casamento ou da união estável, a família não se define como simples instituto ou figura de direito em sentido meramente objetivo. **Essas duas objetivas figuras de direito que são o casamento civil e a união estável é que se distinguem mutuamente, mas o resultado a que chegam é idêntico: uma nova família, ou, se se prefere, uma nova "entidade familiar"** [...] (grifo no original). (ADPF n. 132/RJ)

Nessa mesma linha:

Cada vez mais a idéia de família se afasta da estrutura do casamento. A possibilidade do divórcio e o estabelecimento de novas formas de convívio revolucionaram o conceito sacralizado de matrimônio. A existência de outras entidades familiares e a faculdade de reconhecer filhos havidos fora do casamento operaram verdadeira transformação na própria família. Assim, na busca do conceito de entidade familiar, é necessário ter uma visão pluralista, que albergue os mais diversos arranjos vivenciais. É preciso achar o elemento que autoriza reconhecer a origem do relacionamento das pessoas. O grande desafio dos dias de hoje é descobrir o toque diferenciador das estruturas interpessoais que permita inseri-las em um conceito mais amplo de família.

Esse ponto de identificação é encontrado no vínculo afetivo. (DIAS, Maria Berenice. *Manual do direito das famílias*. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. p. 8)

Com efeito, as várias entidades familiares protegidas pela Constituição Federal, no paradigmático art. 226, demonstram a mudança de óptica valorativa da nova ordem constitucional sobre a família, o que impede se pretenda conferir tratamento desigual a qualquer das entidades familiares ali previstas – como se existissem mesmo “famílias de segunda classe”.

Ou seja, todo diploma legislativo “que se dirija à tutela das relações familiares deve ter como suporte fático (*fattispecie*) os tipos de comunidades familiares identificados pela Constituição, no âmbito dos quais **a família fundada no casamento é apenas um deles**” (sem grifo no original) (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In. A nova família. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 57).

6. Soma-se a isso o fato de que, como é curial, toda técnica de interpretação constitucional deve realizar uma leitura global da Carta, de modo a não firmar conclusões a partir de tiras de dispositivos que contrastem frontalmente com os demais princípios consagrados pelo próprio Diploma.

Nesse passo, não parece de boa técnica eventual preferência pela família matrimonializada – ou por qualquer forma de família –, justamente pela Constituição que proclama que o “**planejamento familiar é livre decisão do casal**” (§ 7º do art. 226).

Se a **família** não começa com a paternidade, obviamente o **planejamento familiar** também não. Pode começar bem antes, tão logo haja a decisão de duas pessoas em se unir com escopo de constituir família, e desde essemomento a Constituição lhes franqueia ampla liberdade de escolha pela forma da união.

A análise dos contornos estruturantes das famílias constitucionalizadas, exemplificadamente, a formada pelo casamento, pela união estável e pela comunidade entre ascendentes e descendentes, deve ocorrer com olhos atentos à ruptura de paradigmas conferida pela Carta de 1988.

Assim como descabe, por exemplo, cogitar-se de monopólio do casamento na constituição da família, a partir de 88, é imprópria também a análise da união estável a partir do superado estigma das relações concubinárias.

Como se sabe, o direito é fato, norma e valor, na clássica teoria tridimensional de Miguel Reale, razão pela qual a alteração substancial do fato deve necessariamente conduzir a uma releitura do fenômeno jurídico à luz dos novos valores. O que se deve ter presente, portanto, é o fato de que viver em união estável hoje, depois da Constituição de 88, significa algo totalmente diverso do que era em tempos passados.

Nesse ponto, é bem verdade que, parte da doutrina – no que foi seguida, em alguma medida, pela jurisprudência – tenta justificar eventual tratamento diferenciado dado às uniões estáveis, comparativamente ao casamento.

Aciona-se a parte final do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, *verbis*:

Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, **devendo a lei facilitar sua conversão em casamento**.

Afirma-se que união estável e casamento são entidades distintas, pois, caso se tratassem de entidades idênticas, não teria a Constituição previsto a possibilidade de conversão da união estável em casamento.

Agarra-se, no mais das vezes, em decisão proferida pelo ilustre professor José Carlos Barbosa Moreira, ainda como Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, *verbis*:

[...] as medidas protetoras porventura adotadas pelo Estado em benefício da família devem aproveitar também às uniões não formalizadas, mas estáveis, entre homem e mulher as quais se consideram, para esse fim, como “entidades familiares”. Daí a supor que a norma atribui ao homem ou à mulher, partícipe de união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou mulher casada, medeia boa distância. Se as duas figuras estivessem igualadas, não faria sentido dizer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Não se pode converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessária – e inconcebível – a conversão. (Embargos Infringentes nº 178-90, IV Grupo de Câmaras Cíveis do TJRJ)

Tal assertiva, na verdade, consubstancia apenas uma fórmula de facilitação da conversão. A união estável, todavia, não rende ensejo a um estado civil de passagem, como um degrau inferior que, em menos ou mais tempo, cederá vez ao casamento. A união estável **pode** – se assim desejarem os conviventes – converter-se em casamento. É ato-fato jurídico despojado de formalidade que, por vezes, revela exteriorização vicejante da liberdade e da autodeterminação da pessoa de se relacionar e conviver com quem melhor lhe aprouver, sem que sua vida privada – que é, sobretudo, plasmada na afetividade e cuja inviolabilidade é garantida pela própria Constituição – seja timbrada pelo Estado.

A norma contida no art. 226, § 3º, da Constituição Federal, como corretamente afirmado pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha, na relatoria do REsp. n. 827.962/RS, é uma **norma de inclusão**, sendo contrária ao seu espírito a tentativa de lhe extrair efeitos discriminatórios.

Nesse sentido, Sua Excelência, analisando o cabimento da chamada união homoafetiva, mencionou valioso magistério de Luís Roberto Barroso:

[...] Extrair desse preceito tal consequência seria desvirtuar a sua natureza: a de uma norma de *inclusão*. De fato, ela foi introduzida na Constituição para superar a discriminação que, historicamente, incidira sobre as relações entre homem e mulher que não decorressem do casamento. Não se deve interpretar uma regra constitucional contrariando os princípios constitucionais e os fins que a justificaram. (Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. In. *Temas de Direito Constitucional, tomo IV*, Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 208-209)

Evidentemente, **união estável e casamento são institutos diversos**, e isso nem precisaria ser dito pela Constituição Federal porque, em alguma medida, reside no mundo do “ser” e não no mundo do “dever ser”.

Assim, subjaz à parte final do § 3º do art. 226 da CF/88 uma **simples constatação de que, natural e faticamente, em razão da informalidade dos vínculos, a união estável é mais fragilizada que o casamento e**, por isso mesmo, propicia menos segurança aos conviventes.

Basta dizer que, em razão dessa informalidade, a união estável só é reconhecida por sentença, cujos marcos inicial e final, por vezes, são de difícil comprovação, ao passo que a certidão de casamento faz prova de pleno direito do vínculo matrimonial.

Assim, a facilitação da conversão da união estável em casamento não constitui nada além de benfazejo incentivo voltado à segurança jurídica dos próprios companheiros e não à satisfação de uma hipotética predileção constitucional pelo matrimônio.

Como assinalado, na medida em que a própria Constituição Federal abandona a fórmula vinculativa da família ao casamento e passa a reconhecer, exemplificadamente, vários tipos interpessoais aptos à constituição de família, emerge como corolário que, em alguma medida, torna-se secundário o interesse da Carta Cidadã em relação à forma pela qual essas famílias são constituídas em seu íntimo, em sua inviolável vida privada, se os laços que unem seus membros são oficiais ou afetivos.

O mais importante para a Constituição, parece, é que essas famílias, agora multiformes, recebam efetivamente a “especial proteção do Estado”, e é tão somente em razão desse designio de especial proteção que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, ciente o constituinte que **pelo casamento o Estado melhor protege esse núcleo doméstico chamado família**.

Para tanto, não deve o legislador infraconstitucional criar embaraços à conversão de uma união estável em casamento, sob pena de embaraçar também a própria proteção do Estado aos que se decidirem pela modificação do vínculo jurídico.

Essa interpretação do propósito da facilitação da união estável em casamento é francamente realçada pela doutrina civilista, da qual colho com destaque a de Fábio Ulhoa Coelho, *verbis*:

Nos anos 1960, jovens da classe média e alta começaram a constituir famílias desprezando ostensivamente o casamento. Estavam convencidos de que a formalidade atrapalhava mais do que ajudava a construção de um relacionamento fundado no amor, respeito mútuo e camaradagem.

Nas classes menos abonadas, porém, a união informal já existia com bastante frequência muito antes da revolução dos costumes. **Era imposta pela carência de recursos e não nascia da vontade de romper velhos tabus.** A festa do casamento, por mais modesta que fosse, consumiria boa parte do pouco dinheiro do casal. Mais que isso, porém, temiam os dois, principalmente o homem, não terem meios para cumprir os sérios compromissos que advêm do casamento. Na incerteza, preferiam não os assumir. **A união estável não era, portanto, nesse caso, um opção inteiramente livre dos conviventes. Era uma necessidade. Se pudessem, casariam.**

Pois bem, foi tendo em vista principalmente essa situação que o constituinte de 1988 se preocupou em determinar à lei que facilitasse a conversão da união estável em casamento. Não haveria por que facilitá-la aos que optaram por não casar de forma inteiramente livre. **A facilitação da conversão da união estável em casamento destina-se a atender aos interesses de quem não tem realmente a opção de casar**, ou não (sem grifo no original). (*Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 145)

Não obstante a determinação constitucional, de logo se adianta o professor Fábio Ulhoa Coelho em afirmar a inexistência de hierarquia entre as famílias resultantes do casamento e as resultantes da união estável:

[...] entre as famílias constitucionais não há hierarquia: a fundada no casamento não é merecedora de maior proteção que as outras. Muito pelo contrário, não pode a lei discriminar essas três entidades familiares, conferindo aos membros de qualquer uma delas direitos negados aos das outras.

[...]

Quer dizer, as famílias constitucionais (fundadas no casamento, união estável e monoparental) têm assegurados iguais direitos, sendo inconstitucional qualquer preceito de lei ordinária que as discrimine. (*Ibidem*)

No mesmo sentido, cito ainda Gustavo Tepedino e Guilherme Calmon Nogueira da Gama:

[...] Daí igualmente o porquê da determinação ao legislador ordinário no sentido de facilitar a conversão em casamento das uniões estáveis (art. 226, § 3º). Ou seja, quis o constituinte que o legislador ordinário facilitasse a transformação (do título de fundação) formal das entidades familiares, certo de que, com o ato jurídico solene do casamento, seriam mais seguras as relações familiares.

Não pretendeu, com isso, o constituinte criar famílias de primeira e segunda classes, já que previu, pura e simplesmente, diversas modalidades de entidades familiares, em igualdade de situação. Pretendeu, ao contrário, no sentido de oferecer proteção igual a todas as comunidades familiares, que fosse facilitada a transformação do título das uniões estáveis, de modo a que a estas pudesse ser estendido o regime jurídico peculiar às uniões formais. (TEPEDINO, Gustavo. *A disciplina civil-constitucional das relações familiares*. In: *A nova família*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997 pp. 57-58)

A regra constitucional ora analisada direciona a atividade legislativa quanto à conversão, no sentido de facilitar a transformação do companheirismo em casamento e, portanto, qualquer norma que crie maiores formalidades ou exigências, do que aquelas previstas para a celebração do casamento, será declarada inconstitucional. (GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Direito civil: família*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 127)

A toda evidência, não há preferência constitucional à família fundada no casamento dito *de papel passado* em preterição à fundada na união estável, como evidentemente não há preterição constitucional à família

monoparental (que não ocupa a terceira colocação), resultante dos mais singelos vínculos de afeto existentes entre pais e filhos.

Portanto, a possibilidade de conversão dos institutos - que é mera faculdade conferida aos próprios companheiros - não pode servir de supedâneo para eventuais tratamentos discriminatórios entre casamento e união estável.

Por óbvio que, em caso de conversão de uma união estável em casamento, **não se convertem as entidades familiares**, mas os **vínculos jurídicos** existentes entre os conviventes, e é aqui que reside a real diferença entre a união estável e o casamento.

Alcança-se tal diferença por outra óptica que não a das famílias formadas por esses dois tipos de união igualmente aceitos pela Constituição Federal.

Explica-se: toda e qualquer diferença entre casamento e união estável deve ser analisada a partir da **dupla concepção do que seja casamento** - por um lado, um **ato jurídico solene**, do qual decorre uma relação jurídica com efeitos tipificados pelo ordenamento jurídico, e, por outro lado, uma **entidade familiar**, das várias outras protegidas pela Constituição.

Com efeito, é explicável a eventual perplexidade gerada por doutrinas - hoje majoritárias - que tentam equiparar, em alguma medida, o casamento à união estável, evidentemente porque são baralhados elementos heterogêneos, quais sejam, o **ato jurídico cartorário** chamado casamento e a **entidade familiar** homônima.

No ponto, evidentemente a Constituição Federal não toma, em metonímia, a causa pelo efeito e não mistura a proteção especial conferida à família resultante do casamento com o ato solene "casamento civil", cuja celebração é gratuita (art. 226, § 1º).

Assim, caso se queira confrontar casamento e união estável, é de se ter em vista, por primeiro, em qual seara se está a caminhar, se no âmbito das relações familiares ou se nos efeitos jurídicos decorrentes exclusivamente do ato cartorário chamado "casamento civil".

De tudo o que se afirmou, tenho que o casamento, tido por entidade familiar, não se difere em nenhum aspecto da união estável, tida também por entidade familiar, porquanto - como acredito que esteja correto - não há famílias timbradas como de "segunda classe" pela Constituição Federal de 1988, diferentemente do que ocorria nos diplomas constitucionais e legais superados.

Apenas quando se analisa o casamento como ato jurídico formal e solene é que as diferenças entre este e a união estável se fazem visíveis, e apenas em razão dessas diferenças entre casamento - **ato jurídico** - e união estável que o tratamento legal diferenciado se justifica.

Nesse passo, segundo penso, somente será constitucionalmente aceitável eventual *discrímen* apoiado nos naturais efeitos imediatamente gerados pelo ato formal de núpcias, independentemente de perquirições acerca de vínculos afetivos, porquanto é desses efeitos cartorários que o vínculo puramente afetivo da união estável é carecedor.

De fato - sem que se pretenda enumerar à exaustão -, são vários os casos em que os efeitos decorrentes do instrumento formal do casamento justificam o tratamento distinto entre ele e a união estável.

São hipóteses que decorrem diretamente da solenidade e da publicidade do ato jurídico, atributos que parecem ser, "aos olhos do legislador, a forma de assegurar a terceiros interessados a ciência quanto a regime de bens, estatuto pessoal, patrimônio sucessório e assim por diante" (TEPEDINO, Gustavo. *Temas de direito civil*. 4 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 409-410).

Assim, se alguém pretender negociar com pessoas casadas, é imperioso que saiba o regime de bens e, eventualmente, a projeção da negociação no patrimônio do consorte; a outorga uxória para a prestação de fiança também é hipótese que demanda "absoluta certeza, por parte dos interessados, quanto à disciplina dos bens vigente, segurança que só se obtém pelo ato solene do casamento" (TEPEDINO, Gustavo. *Ibidem*).

Também se afirmou, na ADPF n. 132, que as diferenças aceitáveis entre união estável e casamento já são antecipadas pela própria Constituição, como que por ilustração, a exemplo da submissão da união estável à prova dessa estabilidade, exigência que não é feita para o casamento, ou "quando a Constituição cuida da forma de dissolução do casamento civil (divórcio), deixando de fazê-lo quanto à união estável (§ 6º do art. 226)".

Fábio Ulhoa Coelho, de forma mais incisiva e arrojada, afirma que entre casamento e união estável "a única diferença diz respeito à prova do vínculo horizontal de família, que se produz muito mais facilmente no casamento" (*Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 137).

Enfim, todas essas diferenças - *exempli gratia* - resultam exclusivamente do título fundante do casamento, de cujos elementos constitutivos, baseados substancialmente na formalidade e na publicidade do ato, decorrem a certeza e segurança a terceiros além da estabilidade formal aos cônjuges.

Outros, porém, são os efeitos decorrentes do casamento, considerado esse como **entidade familiar**, efeitos que consagram valores metajurídicos que independem de título formal entre os consortes, porque ancorados na solidariedade, na afetividade e na reciprocidade próprias das relações familiares, por isso mesmo percebidos tanto na família fundada no casamento quanto na fundada na união estável.

Por iguais fundamentos, são exemplos de tratamento igualitário conferido ao casamento e à união estável:

a) direitos previdenciários decorrentes de morte de companheiro: tem-se decidido, por exemplo, que com a morte do servidor a companheira faz jus a uma pensão porquanto "com o advento da Constituição Federal de 1988, que reconheceu como entidade familiar a união estável (art. 226, § 3º), a companheira passou a ter o mesmo direito que a ex-esposa, para fins de recebimento da pensão por morte" (REsp 1206475/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 14/04/2011). Também em relação à pensão de militar, afirma-se que "com a nova ordem constitucional - art. 226, § 3º, CF/1988 -, a companheira possui status de esposa, razão pela qual não se pode excluí-la do rol do art. 77 da Lei n.º 5.774/71, com base no princípio do *tempus regit actus* (precedentes do STJ)" (AgRg no AgRg no REsp 1031654/RJ, Rel. Ministro FELIXFISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 10/11/2008). Havendo ex-esposa viva, e sendo reconhecida a união estável, rateia-se a pensão entre ex-esposa e companheira do *de cujus* (REsp 856757/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 18/03/2008, DJe 02/06/2008; REsp 590971/PE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2004, DJ 02/08/2004, p. 528);

b) vedação ao nepotismo extensível ao companheiro, nos termos da Súmula Vinculante n. 13/STF: "A nomeação de cônjuge, **companheiro** ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal";

c) direito à indenização decorrente de acidente de trabalho sofrido por companheiro, nos termos do que dispõe a Súmula n. 35/STF: "Em caso de acidente do trabalho ou de transporte, a concubina tem direito de ser indenizada pela morte do amásio, se entre eles não havia impedimento para o matrimônio";

d) exigência de consentimento do companheiro para gravame real em bem comum: tem-se entendido que "a lei civil exige, para alienação ou constituição de gravame de direito real sobre bem comum, o consentimento dos demais condôminos. A necessidade é de tal modo imperiosa, que tal consentimento é, hoje, exigido da companheira ou convivente de união estável (art. 226, § 3º, da CF), nos termos da Lei 9.278/96" (REsp 755830/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/11/2006, DJ 01/12/2006, p. 291);

e) direito a continuar, por sub-rogação, o contrato de locação celebrado pelo companheiro falecido, nos termos do que dispõe o art. 11 da Lei do Inquilinato:

Art. 11. Morrendo o locatário, ficarão sub - rogados nos seus direitos e obrigações:

I - nas locações com finalidade residencial, o cônjuge sobrevivente ou o companheiro e, sucessivamente, os herdeiros necessários e as pessoas que viviam na dependência econômica do *de cuius*, desde que residentes no imóvel;

f) direito de receber alimentos de companheiro, porquanto o dever contraposto é "informado pela solidariedade mútua que se estabelece com a vida comum" (TEPEDINO, Gustavo. *Op. cit.*, p. 411); nesse sentido se decidiu que "fundamentado no princípio da solidariedade familiar, o dever de prestar alimentos entre cônjuges e companheiros reveste-se de caráter assistencial, em razão do vínculo conjugal ou de união estável que um dia uniu o casal, não obstante o rompimento do convívio, encontrando-se subjacente o dever legal de mútua assistência" (REsp 995.538/AC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 17/03/2010);

g) direito real de habitação conferido igualmente ao companheiro e ao cônjuge: recentemente se decidiu que "a Constituição Federal (artigo 226, § 3º) ao incumbir o legislador de criar uma moldura normativa isonômica entre a união estável e o casamento, conduz também o intérprete da norma a concluir pela derrogação parcial do § 2º do artigo 1.611 do Código Civil de 1916, de modo a equiparar a situação do cônjuge e do companheiro no que respeita ao direito real de habitação, em antecipação ao que foi finalmente reconhecido pelo Código Civil de 2002" (REsp 821660/DF, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/06/2011, DJe 17/06/2011);

h) no campo do direito eleitoral, por sua vez, tem-se entendido que as inelegibilidades previstas no art. 14, §§ 5º, 6º e 7º, da Constituição Federal, são extensíveis aos companheiros, porquanto, de igual forma, beneficiam-se da relação familiar existente com os Chefes do Poderes Executivos. Daí por que "a convivência marital, seja união estável ou concubinato, gera inelegibilidade reflexa em função de parentesco por afinidade" (CONSULTA nº 1573, Resolução nº 22784 de 05/05/2008, Relator(a) Min. FELIX FISCHER, Publicação: DJ - Diário da Justiça, Data 02/06/2008, Página 07 RJTSE - Revista de jurisprudência do TSE, Volume 19, Tomo 2, Página 212).

Enfim, todos os direitos e vedações acima citados têm lastro nas relações familiares - e não no ato jurídico solene do casamento -, nos vínculos de afeto, de solidariedade e de cumplicidade presumidamente existentes em todas as famílias constitucionalizadas, por isso mesmo as prescrições normativas supra têm aplicação tanto ao casamento quanto à união estável.

Creio, assim, que a partir desse crivo é que se deve aferir a adequação constitucional de todo tratamento concedido diferenciadamente à união estável ou ao casamento. Ou seja, é normal que as disposições relativas ao casamento como ato jurídico formal e solene sejam aplicadas somente aos cônjuges. Todavia, as normas cuja *ratio* deite raízes nas relações familiares, justificadas, portanto, em valores metajurídicos relacionados à solidariedade, à afetividade e à comunhão plena de vida, devem ser aplicadas a ambas as entidades familiares, casamento e união estável, cônjuges ou companheiros, tal como vem decidindo, acertadamente, a jurisprudência.

7. Diante da fundamentação até agora desenvolvida, a apreciação da adequação constitucional do art. 1.790, especialmente os incisos III e IV do Código de 2002, em última análise, deve levar em consideração um dos princípios basilares do ordenamento jurídico, qual seja, o princípio da igualdade, na vertente substantiva, apregoada há tempos por Rui Barbosa em sua *Oração aos moços*, segundo a qual o tratamento desigual aos desiguais se justifica apenas **na exata medida em que se desigualam**.

É até intuitivo que haverá juridicidade em norma que proceda a algum tratamento diferenciado se se fizer perceptível a correlação entre a distinção de regimes estabelecidos e a desigualdade que lhe deu suporte.

Assim, por exemplo, justifica-se a facilitação da defesa do consumidor em Juízo, com a inversão do ônus da prova, presentes sua hipossuficiência e sua natural dificuldade de produzi-la; a especial proteção conferida à mulher, diante do histórico de violência doméstica a que vinha submetida, dentre outros.

Entretanto, também é intuitiva a rejeição de validade à norma que, ao proceder a tratamento jurídico diferenciado aos supostamente desiguais, ancora-se em fatores que não guardam relação de pertinência lógica com a diferenciação jurídica estabelecida.

Quanto à exigência de correlação lógica entre o fator de *discrímen* e o tratamento divergente procedido pela norma – sem a qual o princípio da igualdade estará vulnerado –, é Celso Antônio Bandeira de Mello que melhor verticaliza a análise do tema:

Tem-se, pois, que é o vínculo de conexão lógica entre os elementos diferenciais colecionados e a disparidade das disciplinas estabelecidas em vista deles, o *quid* determinante da validade ou invalidade de uma regra perante a isonomia.

Segue-se que o problema das diferenciações que não podem ser feitas sem quebra da igualdade não se adscrive aos elementos escolhidos como fatores de desigualação, pois resulta da conjunção deles com adisparidade estabelecida nos tratamentos jurídicos dispensados.

Esclarecendo melhor: tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro lado, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualdor adotado, atribuir o específicotrato jurídico construído em função da desigualdade afirmada. (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, pp. 37-38)

A bem da verdade, o pretexto de se proceder a tratamento desigual aos faticamente desiguais pode ensejar a mais pura discriminação, se não se guardar a aludida pertinência lógica entre os fatores reais de diferença e o tratamento distinto estabelecido.

No caso da união estável, como assinalado, não são constitucionalmente aceitáveis fatores de *discrímen*, comparativamente ao casamento, calçados nas relações familiares de cada um dos institutos, mas tão somente aqueles apoiados no título fundador do casamento – o ato jurídico solene –, que é inexistente na união estável.

8. Com efeito, diante de tudo o que se me afigura correto sobre o tema e que foi exposto na fundamentação desenvolvida, tenho que **os incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil não possuem lastro constitucional**, devendo, portanto, ser declarada sua inconstitucionalidade.

Os dispositivos cuja inconstitucionalidade ora se acusa têm a seguinte redação (na parte grifada):

Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;
II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Causa estranheza, primeiramente, a opção do legislador em alocar o artigo 1.790 no capítulo das “disposições gerais” sobre o “direito das sucessões”, como que por recato de se afirmar textualmente que o companheiro na união estável é sim herdeiro, porquanto quem “participa da sucessão” do falecido, aquinhoando parte da herança, não é outro senão o herdeiro.

Por *obiter dictum*, cumpre dizer também que os incisos I e II encerram odioso tratamento discriminatório aos próprios filhos, a depender se são filhos comuns dos companheiros ou se somente do falecido, ou seja, se havidos da união estável ou não.

Por outro lado, a pretexto de se conferir tratamento diferenciado ao companheiro supérstite, comparativamente ao cônjuge, o legislador acabou por conferir tratamento discriminatório aos próprios filhos.

Na medida em que a companheira, quando concorrer com filhos só do falecido, recebe quota-parte diferente da que receberia se fosse cônjuge (independentemente se maior ou menor essa quota), consequentemente também os filhos, nessa mesma circunstância, receberão quinhão hereditário diferenciado, a depender se concorrem com o companheiro do seu genitor falecido ou com o cônjuge deste.

E nem se afirme, *data máxima vênia*, que há interpretação possível do inciso I do art. 1.829 que iguale a situação do companheiro à do cônjuge supérstite. Embora a engenhosa interpretação dada ao mencionado dispositivo no REsp. n. 1.117.563-SP, Relatora Ministra Nancy Andriighi, tenha sido satisfatória ao desate do caso concreto, não há como afirmar que, em abstrato, as diferenças entre casamento e união estável estariam eliminadas, **na hipótese de a companheira concorrer com filhos só do falecido** – situação que mais amiúde suscita litígios.

Isso porque ainda que se a companheira e cônjuge sobreviventes concorressem na mesma **categoria de bens** (por aquela interpretação, nos bens comuns), não há como se eliminar, por via interpretativa, o percentual diferenciado que tocaria a cada uma: no caso da companheira, a “metade do que couber” ao filho (art. 1.790, inciso II); no caso de cônjuge, “quinhão igual” ao que receberá aquele (art. 1.832).

Com efeito, se na concorrência com filhos do *de cujus*, companheiro e cônjuge recebem quinhões hereditários díspares, também os filhos os receberão, tudo isso porque estes são ora confrontados com um casamento de seu genitor ora com uma união estável. Tal circunstância, a meu juízo, afronta – talvez por descuido mesmo do legislador – o que dispõe o art. 226, § 6º, da Constituição, fato que autorizaria a declaração de inconstitucionalidade também dos incisos I e II do art. 1.790 do Código Civil de 2002.

Quanto aos incisos III e IV, que são o objeto da presente arguição, também não andou bem o legislador, a meu juízo.

Como antes salientado, o cônjuge foi tido pelo Código Civil como herdeiro de especialíssima ordem, concorrendo apenas com ascendentes e descendentes do *de cujus*, na ausência dos quais tocar-lhe-á a totalidade da herança.

O companheiro sobrevivente, por outro lado, além dos mesmos parentes concorrentes, são chamados a participar também da herança os “outros parentes sucessíveis”, quais sejam, os ascendentes e os colaterais até o quarto grau.

Ademais, não bastasse a longa cadeia concorrencial, quando os indigitados colaterais são chamados a concorrer com o companheiro, tocar-lhes-ão dois terços da herança, aquinhoando o companheiro sobrevivente o terço remanescente.

É apenas na falta de parentes colaterais do *de cujus* que o companheiro receberá a totalidade dos bens adquiridos na constância da união, disposição que, praticamente, eliminou a possibilidade de um convivente em união estável receber a universalidade dos bens deixados pelo falecido, porquanto é pouco provável que alguém morra e não deixe um primo, um sobrinho ou um “tio-avô”.

É dizer, se, por exemplo, o companheiro sobrevivente chegar a concorrer com um cunhado seu (irmão do falecido) ou com um primo do *de cujus*, tocarão ao companheiro 33,33% da herança constituída por bens comuns, ao passo que ao colateral os 66,66% restantes.

Sem se considerar que, eventualmente, poderá haver bens particulares deixados, os quais, por expressa disposição do *caput* do art. 1.790, não tocarão ao companheiro, já que este participará apenas nos “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”.

Nesse caso, à dor da perda do companheiro soma-se a de dividir a herança – em desvantagem de condições – com um possivelmente desconhecido.

Como antes assinalado, a legitimidade constitucional desse tratamento diferenciado entre companheiro e cônjuge somente se verifica se houver correlação lógica entre o *discrímen* jurídico estabelecido e o elemento diferenciador entre a união estável e o casamento civil, o qual, como sobejamente afirmado, não é encontrado nas relações familiares deles decorrentes, mas no título fundador do casamento – o ato jurídico formal e solene.

Cumpra indagar, com efeito, se o estabelecimento legal de uma ordem de vocação hereditária finca raízes no título fundador do vínculo jurídico dos cônjuges ou, ao contrário, se o fundamento da vocação hereditária – e, quiçá, de todo o direito das sucessões – hospeda-se nas relações familiares por eles (cônjuges) estabelecidas, ou seja, naqueles fundamentos metajurídicos relativos à afetividade, à solidariedade e à comunhão plena de vida.

A teoria mais conhecida e aceita sobre o fundamento principiológico da sucessão legítima e da ordem de vocação hereditária conferida pela Lei Civil é a que as atribui à vontade presumida do falecido, o qual, se a tivesse manifestado, razoavelmente disporia de seus bens a partir daquela ordem, porquanto graduaria a sucessão da mesma forma que gradua suas afeições.

Ainda proferida sob a égide do Código Civil revogado, afigura-se acertada a posição de J. M. Carvalho Santos, interpretando o art. 1.573 daquele Diploma. Quanto à parte disponível da herança, afirmou o ilustre civilista que se a vontade do *de cujus* for expressa, tem lugar a sucessão testamentária, na ausência da qual entra a lei a interpretar a vontade do falecido “de acordo com a ordem das afeições daquele e distribui a parte disponível tal como a seu juízo seria distribuída pelo *de cujus*” (*Código civil brasileiro interpretado*. Vol. XXII. 13 ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1988, p. 23).

De um modo geral, haveria três modos de transmissão sucessória, uma forçada – correspondente à legítima –, a testamentária e a *ab intestato*, as duas últimas relativas à parte disponível da herança.

A primeira (legítima) é definida pela vontade da lei – mesmo que contra a vontade do autor da herança; a segunda, pela vontade manifestada pelo *de cujus*; a terceira, também por sua vontade, manifestada, por presunção, tacitamente (CARVALHO SANTOS, J. M. *Idem*, pp. 23-24).

No caso da sucessão em virtude da lei, relativa portanto à parte disponível que tocará aos herdeiros de acordo com a ordem de vocação hereditária estabelecida em lei, Carvalho Santos afirmou com acerto que a lei procura suprir a vontade presumida do falecido, que, “naturalmente, se fosse ouvido, se inclinaria antes de tudo pelas suas afeições e seu amor à família, preferindo que os parentes fossem seus naturais herdeiros” (*Ibidem*).

Assim, mostra-se de efeito a assertiva segundo a qual:

Ao estabelecer a ordem legal dos sucessores, o legislador inspirou-se, sem dúvida, na ordem natural das afeições familiares; pois é bem sabido que o amor primeiro *desce*, depois *sobe*, e em seguida *dilata-se* (CARVALHO SANTOS, J. M. *Op. cit.*, p. 247).

Enfim, a principiologia adotada pelo direito das sucessões e, especialmente, a subjacente a uma ordem de vocação hereditária é perfeitamente identificada por Caio Mário da Silva Pereira, para quem embora a propriedade privada seja individual:

[...] é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência de pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. (*Instituições de direito civil*, vol. VI. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 6-7)

Portanto, é correto afirmar que a ordem de vocação hereditária visa a preservar uma espécie de sucessão por afeição e por solidariedade, valores metajurídicos relativos essencialmente aos vínculos nascidos no seio das relações familiares.

Daí por que Clóvis Beviláqua aduziu que, na linha colateral, extingue-se o direito de herança no quarto grau porque, “além dele, desaparecem o sentimento de unidade da família e o vínculo de simpatia entre os parentes” (*Apud*, CARVALHO SANTOS, J. M. *Op. cit.* P. 249).

Ainda que se veja o direito das sucessões – e, por consequência, a ordem de vocação hereditária – a partir dos valores eleitos pelo próprio Estado, de modo a excluir eventual vontade do morto para a satisfação dos desígnios daquele, as conclusões acerca da fundamentação principiológica também não se distancia da família.

Ou seja, mesmo quando o ordenamento jurídico não leva em consideração a vontade do morto (e suas afeições presumidas) – quando, por exemplo, estipula percentual mínimo do patrimônio que pertence aos herdeiros necessários (a legítima) –, o certo é que tal providência visa também à preservação e sobrevivência da família.

Por outro lado, mesmo nessa hipótese, quando a lei prevê um percentual do patrimônio do *de cujus* a ser destinado obrigatoriamente a determinados parentes e cônjuge, os sentimentos nutridos entre o falecido e os pré-eleitos herdeiros necessários não são completamente desconsiderados pelo legislador.

Basta mencionar que mesmo no caso de herdeiros necessários, há possibilidade de excluí-los da herança do falecido, quando evidentemente esgarçados os sentimentos familiares existentes entre eles. É o caso da exclusão da herança por deserdação ou indignidade (arts. 1.814 e 1.961 do CC de 2002), ou, ainda, quando não se reconhece direito sucessório ao cônjuge separado de fato do falecido há mais de dois anos (art. 1.830).

8. Por tudo o que foi dito, percebe-se que a fundamentação do estabelecimento de uma ordem de vocação hereditária deita raízes nas relações afetivas existentes entre o autor da herança e sua família. As normas jurídicas alusivas ao tema, portanto, apoiam-se naqueles valores metajurídicos relacionados à solidariedade e à afetividade, inservíveis à justificação de tratamento diferenciado entre casamento e união estável.

Repita-se, a realidade diversa entre a união estável e o casamento não resulta das relações familiares, mas da oficialização da relação matrimonial, da certificação estatal da união entre duas pessoas, atributos que dão publicidade a terceiros estabelecendo também melhoramento na segurança jurídica destes e dos cônjuges.

Com efeito, o estabelecimento, pelo art. 1.790, incisos III e IV, do Código Civil de 2002, de uma ordem de vocação hereditária para a união estável diferenciada daquela prevista para o casamento (art. 1.829) atenta contra a Constituição Federal de 88, especialmente contra o art. 226 – que concedeu a mesma especial proteção estatal a todas as famílias lá previstas –, e o *caput* do art. 5º -, porquanto concede tratamento desigual à união estável exatamente onde esta se iguala ao casamento, que é nos vínculos afetivos decorrentes das relações familiares.

Ademais, é também desigual e discriminatório o fato de o companheiro receber apenas um terço da herança partilhável, ao passo que ao colateral tocam os dois terços restantes.

A bem da verdade, a pretexto de se conferir tratamento diferenciado à união estável, acabou o legislador conferindo tratamento discriminatório às famílias a partir dela estabelecidas.

Nesse sentido, confirmam-se, dentre muitos: CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Curso avançado de direito civil, volume 6: direito das sucessões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 228; COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito civil, família; sucessões, volume 5*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010 pp. 144-145.

9. Finalmente, é de se ressaltar que o entendimento ora manifestado no voto não contrasta de forma nenhuma com os precedentes firmados nesta Corte Superior, sobretudo alguns das Turmas da Segunda Seção.

Primeiramente porque os litígios antes apreciados sempre o foram pela óptica da legislação ordinária, ao passo que, agora, a análise é essencialmente constitucionalizada.

Por outro lado, a grande preocupação sempre foi em não conferir aos conviventes em união estável mais direitos que aos cônjuges, o que não faz verdadeira a assertiva inversa, ou seja, de que os cônjuges possuem necessariamente mais direitos que os conviventes em união estável.

10. Diante do exposto, **declaro a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil de 2002**, para que, na ausência de ascendentes e de descendentes do falecido, o companheiro sobrevivente receba a totalidade da herança.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 20090160051-5

PROCESSO ELETRÔNICO

**AI no
REsp 1.135.354/PB**

Números Origem: 20020077473375001 20020077473375002 200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 17/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro ARI PARGENDLER

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. GERALDO BRINDEIRO

Secretária

Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

RECORRENTE	: MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO	: ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO	: ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO	: SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Após o voto do Sr. Ministro Relator acolhendo a arguição de inconstitucionalidade, pediu vista antecipadamente o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon e, ocasionalmente o Sr. Ministro Francisco Falcão e a Sra. Ministra Nancy Andriighi.
Convocado o Sr. Ministro Benedito Gonçalves para compor quórum.

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (20090160051-5)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Cuida-se de recurso especial, da relatoria do em. Ministro Luis Felipe Salomão, interposto por Maria Jaideth Miranda, com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, contra o acórdão de fls. 85-89, da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, assim ementado:

"Agravado de instrumento. Arrolamento sumário. Direito sucessório. União estável. Revogação da Lei n. 8.971/94. Aplicação do Código Civil em vigor. Desprovimento do agravo.
Com a vigência do novo Código Civil, houve alteração na regulamentação e ab-rogação tácita à sistemática estabelecida na Lei nº 8.971/94" (fl. 86).

Consta, ainda, da fundamentação do acórdão recorrido que:

"Relativamente ao direito sucessório, não houve qualquer benefício ou previsão aos companheiros no Código Civil de 1916. Na Lei Civil de 2002, também não se falou muito, mas dispôs-se o suficiente para alterar a regulamentação e ab-rogar tacitamente a sistemática em vigor.

O direito sucessório na união estável vem estampado no artigo 1.790 do Código Civil, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união. Guardou-se lógica com o regime da comunicação parcial de bens (art. 1.725), adotado para esta entidade familiar. Em casos que tais, o companheiro, ou a companheira, supérstite, terá direito: a uma quota equivalente (se filho comum) ou a metade (se filho exclusivo do *'de cujus'*); se concorrer com outros parentes sucessíveis (ascendentes ou colaterais até o quarto grau), terá direito a um terço da herança. Não havendo parentes sucessíveis, defere-se a sucessão por inteiro ao companheiro sobrevivente. Nessa senda, sem embargo dos doutos pensamentos contrários, entendemos que o novo Código Civil revogou inteiramente a Lei n. 8.971/94. A lei posterior revogou a anterior. Logo, aplicar-se-á apenas o Código Civil em vigor.

[...]

Entendo, também, que o art. 1.790 do Código Civil não afronta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal. Assim prescreve a Carta Magna:

'Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

...

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre homem e mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.'

Da simples leitura extraída do dispositivo constitucional acima transcrito, vê-se que não há equiparação entre a união estável e o casamento, haja vista que ele apenas reconhece a união estável como entidade familiar, o que não quer dizer que entidade familiar seja apenas aquela formada através do matrimônio, pois no § 4º do mesmo artigo, estabelece, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

Outrossim, percebe-se, ainda, que conforme a última parte do § 3º do art. 226, a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento, concluindo-se, dessa forma, que a equiparação perseguida só se concretizará após a conversão. Ora, se o tratamento fosse igualitário não haveria a necessidade de conversão.

[...]

Percebe-se, então, que o propósito foi o de proteger e não o de igualar as duas modalidades de entidade familiar. Logo, verifica-se não haver qualquer afronta do art. 1790 do Código Civil à Constituição, pois, o fato da lei dever facilitar a união estável em casamento significa que o casamento é instituto hierarquicamente superior à união estável" (fl. 88).

Esclarece a recorrente que interpõe o presente recurso "por entender que o acórdão violou os dispositivos aplicáveis à espécie, visto que a Constituição Federal equiparou a união estável ao casamento, configurando um direito fundamental por estar ligado diretamente a dignidade da pessoa humana. E, por seguinte as leis 8.971/92 e 9.278/96 garantiram os direitos sucessórios da companheira, equiparando-a ao cônjuge" (fl. 104).
Invoca os artigos 2º da Lei n. 8.971/1994 e 1º da Lei n. 9.278/1996 e assim sustenta:

"A família, ente despersonalizado, é conceituado pela doutrina moderna (IBDFAM), seguindo uma perspectiva constitucional, como sendo um ente formado por pessoas ligadas umas as outras por vínculo de afetividade, é o conceito sócio-afetivo do que vem a ser família.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226 § 3º, reconheceu a união estável como uma entidade familiar, tal garantia por estar ligada diretamente com a dignidade da pessoa humana, constitui um direito materialmente constitucional.

As duas leis posteriores regularam, especificamente, esse dispositivo constitucional, as leis 8.971/94 e a lei 9.278/96. A primeira, reconheceu direito sucessórios ao(à) companheiro(a) e a segunda, complementando-a, estendeu o direito do(a) companheiro(a), equiparando-a ao cônjuge, e conferindo ainda direito real de habitação. Conforme já mencionado, tais dispositivos expandiram um **direito materialmente fundamental** previsto constitucionalmente, assim não há possibilidade de uma norma posterior restringir tais direitos já consagrados, é a aplicação do **princípio da proibição do retrocesso dos direitos fundamentais**, defendida pelo ilustre constitucionalista português Joaquim José Gomes Canotilho" (fl. 106).

Cita doutrina (fls. 106-107) e acrescenta que, "mesmo que as Leis 8.971/94 e a 9.278/96, não tratassem de direitos fundamentais, também não se aplicariam as regras de conflitos das leis, pois **são especiais em relação ao Código Civil de 2002, norma geral**. Aqui, a questão resolver-se-ia, pela aplicação do **princípio da especialidade**, em que a norma especial prevalece em detrimento da norma geral" (fls. 107-108).

Conclui "que deve ser reconhecido o **direito à totalidade dos bens da herança à companheira, afastando a sucessão do colateral**, não se aplicando o artigo 1.790, III do Código Civil de 2002, norma geral e flagrantemente inconstitucional" (fl. 108).

No tocante ao dissídio jurisprudencial, traz precedentes do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e do Tribunal de Justiça de São Paulo (fls. 108-111).

Sobre as contrarrazões, consta a seguinte certidão:

"Certifico, para que produza os devidos e efeitos legais, que deixei de intimar o patrono do agravado, para responder o agravo, haja vista, inexistir, no bojo dos autos, procuração outorgada ao mesmo" (fl. 131).

O recurso especial não foi admitido na origem (fls. 138-139), subindo a esta Corte em decorrência do provimento do Agravo de Instrumento n. 1.100.528/PB pelo em. Ministro Luis Felipe Salomão (fls. 147-148).

Opina o Ministério Público Federal pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 142-146).

Em questão de ordem, a Quarta Turma, com base nos artigos 97 da Constituição Federal, 480 do Código de Processo Civil e 200 do RISTJ, suscitou incidente de inconstitucionalidade dos "**incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil**" (fls. 147-155).

O Ministério Público Federal, em nova manifestação, "opina no sentido de que seja proclamada, *in casu*, a inconstitucionalidade dos incisos III e IV do artigo 1.790, do Código Civil, e, por conseguinte, seja dado provimento ao recurso especial, para afastar a exigência de que a ora Recorrente nomeie e qualifique, nos autos do arrolamento sumário, os parentes colaterais até quarto grau de seu companheiro falecido" (fl. 169).

O em. Ministro Luis Felipe Salomão, relator, invocando, principalmente, os artigos 5º, *caput*, 226, §§ 1º, 3º e 7º, e 227, § 6º, da Constituição Federal, votou no sentido de acolher o incidente, declarando inconstitucionais os incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil, para que, na ausência de ascendentes e de descendentes do falecido, o companheiro sobrevivente receba a totalidade da herança.

Vou divergir do em. Ministro relator quanto ao cabimento do presente incidente de inconstitucionalidade e, se vencido, também quanto ao mérito constitucional.

O acórdão recorrido, conforme está claro nas transcrições acima, decidiu expressamente que o art. 1.790 do Código Civil não afronta o § 3º do art. 226 da Constituição Federal, único que disciplina especificamente a união estável.

O recurso especial, por sua vez, segundo a própria recorrente, foi interposto "por entender que o acórdão violou os dispositivos aplicáveis à espécie, visto que a Constituição Federal equiparou a união estável ao casamento, configurando um direito fundamental por estar ligado diretamente a dignidade da pessoa humana. E, por seguinte as leis 8.971/92 e 9.278/96 garantiram os direitos sucessório da companheira, equiparando-a ao cônjuge" (fl. 104).

Por outro lado, não consta dos autos a interposição de recurso extraordinário.

Ora, diante do sistema constitucional vigente, a separação clara entre as hipóteses de cabimento do recurso especial e do recurso extraordinário e o quadro processual descrito impede o processamento do presente incidente, mesmo que suscitado de ofício. Reitero, a propósito, o que afirmei no voto-vista que proferi no julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 215.881/PR (Corte Especial, relator o em. Ministro Franciulli Netto e relator para o acórdão o em. Ministro Nilson Naves, DJ de 8.4.2002):

"02. Anoto, de início, o já assentado pelo Supremo Tribunal Federal no AGRAG nº 145.589-7/RJ, sob a relatoria do eminente Ministro **Sepúlveda Pertence**, que, no sistema difuso de controle de constitucionalidade, o Superior Tribunal de Justiça, a exemplo de todos os demais órgãos jurisdicionais de qualquer instância, tem competência para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade de lei, mesmo de ofício.

Contudo, não poderá fazê-lo, em sede de recurso especial, se for para rever a mesma questão constitucional decidida pelo tribunal inferior.

Se o fizer, uma de duas: ou usurpará a competência do Supremo Tribunal Federal (se contra a decisão hostilizada pelo recurso especial também tiver sido interposto recurso extraordinário); ou ressuscitará matéria preclusa (se aquela mesma questão constitucional decidida pelo tribunal inferior não tiver sido atacada por recurso extraordinário)."

No caso concreto, como o Tribunal de origem enfrentou a questão constitucional e como não consta dos autos – volto a dizer – a interposição de recurso extraordinário, houve natural preclusão da eventual contrariedade ao § 3º do art. 226 ou a outros dispositivos da Constituição Federal, não podendo o presente incidente reabrir a discussão sobre o tema, sob pena de, sem dúvida alguma, violar o sistema recursal disciplinado nos artigos 102, inciso III, e 105, inciso III, da Constituição Federal.

Com base nas referidas disposições constitucionais, então, é que esta Corte Especial, no julgamento da referida Arguição de Inconstitucionalidade no REsp 215.881/PR, assim concluiu:

"Recurso especial (julgamento). Inconstitucionalidade (prejudicial). Arguição/procedimento (Regimento, art. 200 e Cód. de Pr. Civil, arts. 480 a 482). Competências constitucionais (distribuição). Incidente (caso em que lhe falta cabimento).

1. No julgamento do recurso especial, uma vez acolhida a arguição, a Turma remeterá o feito à Corte Especial.

2. Compete à Corte Especial julgar a prejudicial de inconstitucionalidade.

3. Do julgamento, porém, não poderá tirar proveito o autor do recurso especial (recorrente). Caso a declaração venha a beneficiar o recorrente, ao incidente faltará cabimento.

4. É que, no exercício da competência prevista no inciso III do art. 105 da Constituição, em princípio o Superior não dispõe do contencioso constitucional. Tê-lo-á em restritas hipóteses.

5. Em tal competência, o que é do Superior é toda a jurisdição infraconstitucional (o direito comum).

6. Já no exercício das competências previstas nos incisos I e II do art. 105, livremente o Superior também desfruta do contencioso constitucional.

7. No exercício da competência do inciso III, é lícito ao Superior previamente declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo, desde que a declaração não seja a favor do recorrente; a favor do recorrido, sim.

8. Caso em que a inconstitucionalidade, se declarada, não aproveitaria ao recorrido. Por sinal, nem ao recorrente, que interesse algum tinha na declaração, tanto que se defendera com outros fatos e outros fundamentos. Daí, em caso que tal, tratar-se-ia, também, de declaração de inconstitucionalidade em tese.

9. Preliminar de não-cabimento, acolhida por maioria de votos" (grifos meus).

Extraio do voto do em. Ministro Nilson Naves as seguintes passagens conclusivas:

"Iria se pronunciar depois, ainda que não por expressiva maioria, e não de modo definitivo, pronto e conclusivo. Particularmente, sempre me afigurou que o prévio exame da constitucionalidade não haverá de ir ao encontro do interesse da parte recorrente, não poderá ela se beneficiar com a declaração de existência de vício na

lei, porque ao Tribunal, depois, não assistiriam meios para o exame do recurso especial - completar o julgamento do feito (Súmula 513/STF). Senão, veja-se. Quando julga, no especial, as causas decididas e única ou última instância (Constituição, art. 105, III), o Superior, como várias vezes recordado, em princípio não possui o contencioso constitucional. Essencialmente, cabe-lhe o contencioso infraconstitucional, sabendo-se que a finalidade do especial é a de zelar pela guarda dos tratados e leis federais. A questão veiculada no especial há sempre de ter suporte no direito ordinário, tanto que, se houver no acórdão recorrido outro fundamento, de ordem constitucional, dois haverão de ser os recursos excepcionais. Vale dizer que, acolhido seja o incidente a favor do recorrente, impende ao Tribunal reformar o julgamento local da causa, impondo-se-lhe sem dúvida o provimento do recurso especial, dado que se estaria diante de acórdão que aplicara lei inconstitucional. O provimento do recurso pressupõe, porém, o seu conhecimento, e se o especial não for conhecível? Ao que cuido, dificilmente - se não, jamais - o será, a não ser que se rompa com uma série de princípios, como o do prequestionamento, o da demanda, o das questões não suscitadas, o da não-aplicação do *iura novit curia* etc. Observe que, para Bittencourt, os tribunais não devem fugir à tese 'sempre que, legitimamente, o exame da constitucionalidade se apresente útil ou conveniente para a decisão da causa!'. Em tal contexto, a declaração em benefício do recorrente não se apresentará útil ou conveniente, porquanto, não conhecível o especial (dificilmente, ele o será; a meu sentir, jamais), a declaração de inconstitucionalidade não terá utilidade ou conveniência para a decisão da causa. Nesse aspecto, acabará se cuidando de declaração em tese, própria do controle concentrado-abstrato, da competência exclusiva do Supremo Tribunal.

De sorte que somente se admite, no âmbito do Superior, o controle difuso-incidental quando não se requer seja conhecido o recurso especial. Juridicamente, é possível, em atenção ao interesse do recorrido. Já se mencionou algumas vezes que o recorrente teria razão se a lei não fosse inconstitucional; sendo, há de se deixar de conhecer do recurso, simplesmente. De outra banda, aceita-se possa o Superior, no exercício da competência prevista no aludido inciso III, lidar com o texto constitucional se, por exemplo, o vencedor na instância ordinária assume a condição de vencido na instância especial. É necessário, todavia, que, nessa hipótese, a questão tenha sido suscitada na instância de origem, não importando se sobre ela lá tenha havido pronunciamento, bem como se impõe tenha sido levantada nas contra-razões do especial. Se o Superior, no julgamento do recurso, não tiver se manifestado sobre a questão constitucional, cabem os embargos de declaração, a fim de se ensejar em nome do vencido o recurso extraordinário. O que não é cabível é a inovação, não podendo o vencedor e depois vencido deduzir novas alegações, mesmo que de cunho constitucional.

[...]

Pois bem, se ao Superior só cabe o controle difuso-incidental quando não irá beneficiar o recorrente, se, nesse mesmo juízo do recurso especial, lhe é vedado todo e qualquer pronunciamento sobre eventual contrariedade à Constituição, salvo raríssimas hipóteses, por exemplo, se o vencedor na instância ordinária se torna vencido na instância extraordinária e se o Superior inquestionavelmente é o Tribunal do direito ordinário, irrecuráveis as suas decisões, como melhor se impõe - tudo que foi lembrado decorre do próprio sistema jurídico-institucional de organização da instância de superposição -, a melhor das reflexões e a mais sábia das compreensões é a que está a exigir que algumas disposições atinentes à competência do Supremo não de ser desprezíveis e pacientemente meditadas, em exame que se requer e se impõe, de sorte que, se ao Supremo há de competir a matéria constitucional, sempre e só, exceto uma ou duas hipóteses de competência originária, ao Superior há de competir, da mesma forma, a última palavra a respeito da matéria infraconstitucional, irrevisível e irrecurável, em qualquer circunstância.

Daí que, ao se estatuiu na alínea i, I, do art. 102, que compete ao Supremo processar e julgar, originariamente, 'o *habeas corpus*, quando o coator for Tribunal Superior', há de se ler, em relação ao Superior Tribunal, que aí se rezou que o *habeas* cabe apenas na hipótese de descumprimento de preceito constitucional, jamais de preceito ordinário, do mesmo modo que, ao se prescrever, como se prescreveu na alínea a II do art. 102 que compete ao Supremo julgar, em recurso ordinário, os mandados e os *habeas* decididos pelos Tribunais Superiores, há de se entender, em relação ao Superior Tribunal, que há de versar apenas a matéria constitucional (a matéria infra nasce, desenvolve-se e morre no Superior)."

Igualmente, retiro do voto preliminar do em. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira os seguintes fundamentos:

"Certo é que a doutrina tradicional em nosso sistema anterior a 1988 vinha afirmando do poder, e mesmo dever, dos julgadores conhecerem de ofício, pela via indireta, de eventual inconstitucionalidade. Todavia, não menos certo também é que o nosso sistema jurídico, após a Constituição de 1988, veio a receber profundas modificações, uma das quais concernentes à dicotomia introduzida em relação aos recursos de natureza extraordinária, um dirigido ao Superior Tribunal de Justiça ('recurso especial'), para controle da lei federal, e outro ao Supremo Tribunal Federal ('recurso extraordinário'), destinado à Suprema Corte, para apreciação da inconstitucionalidade.

Destarte, em havendo inconstitucionalidade, não cabe a esta Corte, salvo na hipótese assinalada pelo Ministro Nilson Naves, conhecer do tempo, uma vez o foro competente de tal apreciação é o Supremo Tribunal Federal e

o instrumento de sua suscitação o recurso extraordinário. E tanto assim é que este Tribunal tem até mesmo jurisprudência sumulada (enunciado nº 126), a proclamar ser 'é inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário'.

Como se vê, mesmo que manifesta a inconstitucionalidade em um caso concreto, e disso se apercebendo o órgão julgador deste Tribunal, nada poderá fazer, sequer, inclusive, apreciar eventual má aplicação da lei.

[...]

Finalmente, é de atentar-se, no caso em tela, para a relevante peculiaridade realçada pelo voto divergente segundo a qual o conhecimento da matéria com conseqüente reconhecimento da inconstitucionalidade inviabilizaria o julgamento no órgão fracionário."

Ante o exposto, preliminarmente, não conheço do incidente de inconstitucionalidade e determino a devolução dos autos à eg. Quarta Turma para que prossiga com o julgamento do recurso especial na forma que entender correta.

Ultrapassada a preliminar de não conhecimento, passo ao exame do mérito do incidente, adiantando-me que, na minha compreensão, não há inconstitucionalidade no art. 1.790, incisos III e IV, do Código Civil em vigor, que assim dispõe:

"Art. 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I – se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei foi atribuída ao filho;

II – se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III – se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV – não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança."

Entendo que a norma do § 3º do art. 226 da Constituição Federal não alcança os efeitos patrimoniais, inclusive sucessórios, dos diversos regimes de casamento e da união estável, os quais devem ser e são regulados por norma infraconstitucional, observada a livre vontade do casal. Confira-se o texto do referido dispositivo constitucional:

"Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento."

Sobre o tema, Eduardo de Oliveira Leite, *in* Comentários ao Novo Código Civil (Do Direito das Sucessões), vol. XXI, coordenador Sálvio de Figueiredo Teixeira, Forense: 2003, assim leciona:

"Ora, se a lei (ordinária, diga-se) deve facilitar a conversão da união estável em casamento, evidentemente, o parâmetro perseguido pelo constituinte, apesar do reconhecimento de novas formas de conjugalidade continua sendo o casamento.

Nesse sentido, a agudíssima e preclara observação do Desembargador Barbosa Moreira, permanentemente atual: 'A norma do § 3º (do art. 226), de maneira alguma atribui ao homem ou à mulher, em união estável, situação jurídica totalmente equiparada à de homem casado ou à de mulher casada. Ao admitir-se tal equiparação, teria desaparecido por completo a diferença entre união estável não formalizada e o vínculo matrimonial. Isso, porém, é insustentável à luz do próprio texto: se as duas figuras estivessem igualadas, não faria sentido estabelecer que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento. Não é possível converter uma coisa em outra, a menos que sejam desiguais: se já são iguais, é desnecessário e inconcebível a conversão.

Ou, a forma lapidar, objetiva, mas imantada de significação, empregada por Xeno Veloso: 'A Constituição de 1988 deu dignidade, mandou proteger, reconheceu a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, respeitável a todos os títulos, merecedora de amparo, deferência, consideração. **Mas a Carta Magna sinalizou, claramente, a sua preferência pelo modelo de família formalmente constituída**, pelas sociedades matrimoniais, ao determinar que a lei deve facilitar a conversão da união estável em casamento.'

[...]

O novo Código, em manifesto esforço, repita-se, procura guindar a união estável ao patamar do casamento civil (art. 226, § 1º); ao menos nos seus dois grandes efeitos patrimoniais, isto é, no que diz respeito a alimentos e no

direito sucessório. E o faz com largueza de espírito no artigo 1.790. Sem incidir, porém, em excessos que só uma doutrina dominada por excessiva ideologia populista justificaria.

O novo Código o faz com cuidado, com cautela, com bom senso, qualidades perfeitamente encontráveis na proposta do constituinte de 1988. Não se trata de tudo destruir, como pretendem algumas posturas maniqueístas, mas trata-se, antes, de encontrar a justa medida, o bom termo, que venha de encontro aos anseios da sociedade brasileira, sem aniquilar nossos mais profundos valores e características.

[...]

O *caput* do artigo 1.790 sublinha a diferença, desejada pelo constituinte de 1988, existente entre casamento e união estável, reafirmando que o(a) companheiro(a) participará da sucessão do outro, quanto aos bens **adquiridos onerosamente** na vigência da união estável. Independente de qualquer consideração de caráter axiológico sobre o teor da disposição e da intenção do legislador de estabelecer limites entre as duas realidades, o fato é que o mesmo deixou suficientemente claro que a pretensão ao direito sucessório decorre exclusivamente do patrimônio adquirido onerosamente pelos companheiros. Situação inferior a do casamento onde a regra geral continua sendo a de considerar a mulher como meeira do patrimônio comum do casal. O privilégio da meação, pois, fica ressaltado, ainda uma vez, no texto infraconstitucional, a afastar qualquer exegese equivocada que pretenda visualizar na união estável igualdade ao casamento" (páginas 51-55).

Sem dúvida alguma, a equiparação do(a) companheiro(a) ao cônjuge, além de não encontrar amparo na letra do § 3º do art. 226 da Constituição Federal, esvaziaria por completo o instituto da união estável e retiraria do casal o direito de escolher o tipo de sua união – se casamento ou união estável – e os efeitos patrimoniais respectivos conforme a sua conveniência e com toda a liberdade, dentro, evidentemente, dos limites traçados pela norma infraconstitucional.

Por outro lado, a louvada tentativa de equiparar, em tese, o(a) companheiro(a) ao cônjuge para efeitos sucessórios, se acolhida, possuirá consequências limitadas, tendo em vista que o próprio Código Civil faz distinções entre os cônjuges sobreviventes conforme o regime de bens escolhido pelos nubentes, dispondo o art. 1.829 que:

"Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, **em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;**

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente;

IV – aos colaterais."

Eduardo de Oliveira Leite, na obra citada acima, corretamente apresenta a seguinte conclusão sobre o art. 1.829, inciso I:

"Na realidade, ao excetuar os três regimes de bens (comunhão universal de bens, comunhão parcial de bens e separação obrigatória de bens), o legislador só abriu a possibilidade, efetivamente, do cônjuge sobrevivente concorrer como herdeiro necessário, com os descendentes, quando o autor da herança houver deixado bens particulares, no regime da comunhão parcial de bens, pois, nos demais casos, o cônjuge será meeiro ou simplesmente retomará a sua massa de bens particulares" (página 220).

Em outras palavras, conforme o regime de bens, poderá o cônjuge sobrevivente concorrer, ou não, com os descendentes.

Ora, se é possível e natural estabelecer distinções entre os cônjuges vinculados a regimes de bens distintos, não há nenhum óbice a que o próprio Código faça distinção em relação ao(à) companheiro(a), já que a união estável também poderá adotar um regime de bens próprio ou o da comunhão parcial de bens. Confira-se o que dispõe o art. 1.725 do Código Civil:

"Art. 1.725. Na união estável, **salvo contrato escrito entre os companheiros**, aplica-se às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens" (grifo meu).

Por último, o Supremo Tribunal Federal, em mais de uma oportunidade, embora de forma sucinta, deixou claro que a norma do § 3º do art. 226 da Constituição possui aplicação restrita, apenas conferindo à união estável *ostatus* de "entidade familiar" para efeito de proteção do Estado. Quanto aos efeitos patrimoniais, deve ser, como de fato foi, disciplinada na legislação infraconstitucional. Sobre o tema:

"Agravamento regimental no recurso extraordinário. Pretendido reconhecimento da existência de sociedade de fato entre as partes, com partilha de bens. Decisão atacada que apreciou adequadamente as questões em debate nestes autos. Eventuais ofensas que se referem ao plano infraconstitucional. Precedentes.

1. Discussão acerca do reconhecimento e da dissolução de sociedade de fato, porque depende da análise de normas infraconstitucionais, bem como dos fatos da causa, configura ofensa meramente reflexa à Constituição Federal.
2. Inexistência de violação direta da norma do art. 226, § 3º, da Constituição Federal, a qual apenas determina o reconhecimento da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, remetendo à legislação comum a facilitação de sua conversão em casamento.
3. Agravo regimental não provido" (Ag. Reg. no RE 300.964/SP, Primeira Turma, Ministro Dias Toffoli, DJe n. 179, publicado em 19.9.2011).

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO DE FAMÍLIA. UNIÃO ESTÁVEL. PARTILHA DE BENS. CONTROVÉRSIA DECIDIDA CENTRALMENTE À LUZ DA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL PERTINENTE (CÓDIGO CIVIL). VIOLAÇÃO À MAGNA CARTA, SE EXISTENTE, APENAS OCORRERIA DE MODO REFLEXO OU INDIRETO.

Caso em que entendimento diverso do adotado pela instância judicante de origem demandaria o reexame da legislação ordinária aplicada à espécie. Providência vedada na instância recursal extraordinária. Agravo regimental desprovido" (Ag. Reg. no AI 639.997/SP, Segunda Turma, Ministro Ayres Britto, DJe n. 164, publicado em 26.8.2011).

Esclareço, apenas, que o último precedente citado (Ag. Reg. no AI 639.997/SP) diz respeito, exatamente, à norma do art. 1.790 do Código Civil, relativo à sucessão do(a) companheiro(a). Ante o exposto, julgo improcedente o incidente de inconstitucionalidade.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

Número Registro: 20090160051-5

PROCESSO ELETRÔNICO

**AI no
REsp 1.135.354/PB**

Números Origem: 20020077473375001 20020077473375002 200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 16/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **BRASILINO PEREIRA DOS SANTOS**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
 ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
 RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
 ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha julgando improcedente a arguição de inconstitucionalidade, pediu vista, antecipadamente, o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki. Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Felix Fischer, Gilson Dipp, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrichi e João Otávio de Noronha.

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (2009/0160051-5)

EMENTA

CONSTITUCIONAL. DIREITO DE FAMÍLIA E SUCESSÕES. INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS III E IV DO ART. 1.790 DO CC2002. NÃO CONHECIMENTO.

1. O manifesto descabimento do recurso especial - que busca afastar a aplicação de lei federal sob o argumento de sua incompatibilidade com a Constituição -, contamina também o correspondente incidente de inconstitucionalidade, que não pode ser conhecido.
2. Incidente de inconstitucionalidade não conhecido.

VOTO-VISTA

O MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

1. Trata-se de incidente de inconstitucionalidade, suscitado pela 4ª Turma, relativamente aos incisos III e IV do art. 1790 Código Civil de 2002, que tratam da ordem de sucessão do companheiro ou da companheira, relativamente aos bens adquiridos na vigência da união estável. O relator, Min. Luis Felipe Salomão acolheu o incidente, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos referidos, ao argumento fundamental de que o tratamento discriminatório por eles conferido ao companheiro ou companheira, em união estável, em relação ao cônjuge, em regime formal de casamento, não é compatível com o art. 226, § 3º da Constituição. O Ministro César Rocha, em voto-vista, divergiu, primeiro para suscitar preliminar de não-conhecimento do incidente e, no mérito, para afastar a inconstitucionalidade, ao fundamento de que casamento e união estável, embora recebam ambos da Constituição o reconhecimento como entidade familiar, nem por isso se igualam, necessariamente, para fins patrimoniais e sucessórios, nada impedindo que o legislador outorgue tratamento diferente para cada situação.

2. Procede a preliminar suscitada pelo Min. César Rocha. O acórdão recorrido, confirmando decisão no mesmo sentido proferida em primeiro grau, julgou a causa aplicando - e, portanto, considerando constitucional - o art. 1790 do Código Civil. É evidente, portanto, que a reforma do julgado supõe a declaração de inconstitucionalidade desse dispositivo. Justamente por isso é que a questão constitucional foi suscitada nas

razões de recurso especial. O próprio voto do Ministro relator, referindo-se aos fundamentos do recurso especial, registrou que o recorrente "sinalizou dissídio jurisprudencial quanta à aplicação do art. 1.790 do CC/02 e suscitou, uma vez mais, a inconstitucionalidade do mencionado dispositivo, colacionando julgados de tribunais diversos que reconheceram esse vício". Ora, embora questões constitucionais possam ser invocadas pela parte recorrida, é indubitável que, em nosso sistema, não cabe ao recorrente do recurso especial invocar tais questões como fundamento para reforma do julgado, como ocorreu no caso. O recurso próprio, para essa finalidade, é o extraordinário para o STF. Tem-se, portanto, hipótese de insuperável óbice ao conhecimento do recurso, que também contamina, por derivação natural, o do presente incidente de inconstitucionalidade. Assim, em preliminar, voto pelo não-conhecimento do incidente.

3. Superada que seja essa preliminar, acompanho, também no mérito, a divergência. O § 3º do art. 226 da Constituição Federal estabelece que, "para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento". Ora, não se pode extrair de tal disposição constitucional a conclusão de que a união estável deve ser tratada pelo legislador ordinário como entidade familiar igual ao casamento para todos os efeitos, ou mesmo para efeitos patrimoniais e sucessórios. Conforme assinalou o próprio relator, a formação de famílias se dá, hoje, por uma pluralidade de modos, merecendo, todos eles, a proteção do Estado. Isso, todavia, não significa que o legislador deva atribuir, a todas as entidades familiares, um regime jurídico semelhante ao do casamento, mormente no que se refere ao regime de bens ou de sucessão. Seria absurdo, por exemplo, equiparar a casamento, mesmo para fins sucessórios, as famílias monoparentais. Aliás, como apropriadamente observado pelo Ministro César Rocha, no próprio casamento há diferentes regimes de bens, produzindo diferente repercussão no regime sucessório. Se é constitucional essa diferenciação no casamento, não se poderia supor inconstitucional a opção legislativa de criar regime próprio, como o fez o Código Civil, para o quem, por opção pessoal, decidiu não se casar, mas manter seus vínculos familiares e afetivos sob o regime da união estável. A se pretender a igualação entre casamento e união estável, dever-se-ia reconhecer inconstitucionais não apenas os dispositivos apontados pelo relator, mas também todos os demais dispositivos do Código Civil que estabelecem diferenças jurídicas entre as duas formas de união familiar de homem e mulher, inclusive, por exemplo, a norma que se extrai do art. 1.725 do CC, que permite, na união estável, que os companheiros disciplinem, por contrato escrito, as suas relações patrimoniais. Convém registrar, por fim, que, ao contrário de antigo regime - em que os "desquitados" ou que mantinham união estável fora do casamento não gozavam de proteção estatal - a Constituição de 1988 veio reconhecer e proteger essa espécie de união, erigindo-a como mais uma opção legítima dos casais. A pura e simples igualação entre união estável e casamento importaria, na prática, eliminar do cenário jurídico, por via de hermenêutica infraconstitucional, a opção que a ordem constitucional assegurou a homem e mulher de casar ou de não casar, já que, qualquer dos dois regimes seria, afinal, sempre um casamento.

4. Ante o exposto, limitado, por ora, ao juízo preliminar, acompanho a divergência, para não conhecer do incidente. É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO CORTE ESPECIAL

AI no

Número Registro: 20090160051-5

REsp 1.135.354/PB

PROCESSO ELETRÔNICO

Números Origem: 20020077473375001 20020077473375002 200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 06/06/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARI PARGENDLER**

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA

Secretária
Bela. VANIA MARIA SOARES ROCHA

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Teori Albino Zavascki não conhecendo do incidente, em preliminar, pediu vista o Sr. Ministro Felix Fischer.
Aguardam os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Gilson Dipp, Laurita Vaz, João Otávio de Noronha, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Humberto Martins e Maria Thereza de Assis Moura.
Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Nancy Andrighi e João Otávio de Noronha.

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (20090160051-5)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO FELIX FISCHER: Trata-se de recurso especial, com fulcro no art. 105, III, **a e c**, da Constituição Federal, interposto em face de v. acórdão prolatado pelo e. **Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba - TJPB**.

Nas razões do especial, o recorrente alega a inconstitucionalidade do art. 1.790 do atual Código Civil, trazendo à baila julgados de outros ee. Tribunais que reconheceram esse vício. A c. **Quarta Turma**, à unanimidade, suscitou o exame da inconstitucionalidade do art. 1.790, III e IV, do atual Código Civil, remetendo à e. **Corte Especial** a apreciação do tema.

O em. Min. **Luis Felipe Salomão**, Relator, reconheceu a inconstitucionalidade dos incisos supracitados, por não serem compatíveis com o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Em voto vista, o em. Min. **César Asfor Rocha**, acompanhado pelo em. Min. **Teori Albino Zavascki**, divergiu do entendimento do em. Relator para, em preliminar, não conhecer do incidente e, no mérito, para afastar a inconstitucionalidade, ao entendimento de que casamento e união estável não são institutos idênticos para fins patrimoniais e sucessórios.

Pedi vista dos autos para minha análise da matéria.

Entendo que **deve ser acolhida** a preliminar de não conhecimento do incidente suscitada pelo em. Min. **César Asfor Rocha**. Explico.

Conforme salientado, o e. Tribunal **a quo** considerou que o art. 1.790 do atual Código Civil **não afronta** o art. 226, § 3º, da Constituição Federal. Com efeito, **em situações como a presente, não se presta** o recurso especial a analisar a constitucionalidade do referido artigo, pois a competência do e. **Superior Tribunal de Justiça**,

prevista no art. 105, III, da Lei Maior, **não alcança, em regra, o contencioso constitucional**. Nesse sentido: REsp 215.881/PR, **Corte Especial**, Rel. p/ Acórdão Min. **Nilson Naves**, DJ 8/4/2002.

A matéria debatida no recurso especial deve ter suporte no direito ordinário, cabendo ao e. **Superior Tribunal de Justiça** o contencioso infraconstitucional. Contudo, caso o v. acórdão objurgado traga consigo **também** aspectos de índole constitucional, dois deverão ser os recursos interpostos, o extraordinário e o especial.

Ao meu sentir, o recurso cabível em face do v. acórdão prolatado pelo c. **TJPB** seria o recurso extraordinário, a ser julgado pelo e. **Supremo Tribunal Federal**, e **não o especial**, pois, para se alterar o entendimento do e. Tribunal **a quo**, que reconheceu como constitucional o art. 1.790, III e IV, do Código Civil, mister se faz analisar a compatibilidade do referido dispositivo com a Carta Magna.

Por essa razão, **não conheço** do incidente.

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (20090160051-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA(Relator): Sra. Presidente, acabamos de ouvir os votos dos eminentes Ministros Luis Felipe Salomão e Felix Fischer.

O relatório apresentado pelo Sr. Ministro Luis Felipe Salomão deixa claro que, no caso, a inventariante interpôs agravo de instrumento sob a alegação de ser herdeira universal, pois o art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, por afronta ao art. 226, § 3º da Constituição, bem como pelo fato de que o mencionado dispositivo deve ser interpretado sistematicamente com o art. 1.809 do Código Civil de 2002, que confere ao cônjuge supérstite a totalidade da herança na falta de ascendentes e descendentes.

Parece-me que estamos a analisar a primeira parte, ou seja, recurso especial que coloca em causa a constitucionalidade de um dispositivo do Código Civil. Nesse ponto, sabemos que foge totalmente ao âmbito do recurso especial, porque o apelo nobre se limita, como sabido, ao exame da matéria infraconstitucional. Isso não quer dizer, entretanto, que a Turma ou Seção não possa submeter, eventualmente, à Corte Especial, em incidente de constitucionalidade, quando considera que isso é essencial para a formação do seu convencimento. Na hipótese, é o próprio recurso que se fundamenta na inconstitucionalidade da norma constitucional, evidentemente, deveria isso ser levado ao Supremo Tribunal Federal pela via do recurso extraordinário, nos termos do art. 102, III, c, da Constituição Federal.

Com essas breves considerações, também, acolho e sigo a divergência, não obstante as bem lançadas e os combatidos argumentos trazidos pelo eminente Ministro Relator.

Ante o exposto, **não conheço do recurso especial**.

É como voto.

AI no RECURSO ESPECIAL Nº 1.135.354 - PB (20090160051-5)

RELATOR : **MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO**
RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

VOTO-VENCIDO**O EXMO. SR. MINISTRO SIDNEI BENETI:**

Sra. Presidente, eminentes Ministros, eu me sinto habilitado a votar e também conheço do incidente porque se trata de controle difuso, e o controle difuso da inconstitucionalidade, evidentemente, conforme consta até da lembrança da decisão do colendo Supremo Tribunal Federal, pode ser realizado no julgamento por quaisquer dos juízes que intervierem na jurisdição nacional. Vejo, então, a possibilidade de superar esse óbice de conhecimento.

Além do mais, a decisão levará ao deslinde urgente de uma questão importante que paira no Direito Privado e que está realmente a intranquilizar toda a sociedade brasileira, que é o confronto dos arts. 1.790 a 1.830 do Código Civil na redação de 2002. São dois dos dispositivos mais angustiosos apresentados pelo novo Código Civil de 2002. De forma que aquilo que abrevia o conhecimento, processual, que cria um certo atalho para que o tribunal competente ao julgamento das questões de Direito Privado, que é o Superior Tribunal de Justiça, venha decidir, desde logo, parece-me muito recomendável, devendo-se realmente acolher e queimar essa etapa.

Estou, portanto, votando com o Relator, *data venia* da divergência, conhecendo do incidente.

Ministro SIDNEI BENETI

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
CORTE ESPECIAL**

Número Registro: 20090160051-5

PROCESSO ELETRÔNICO

**AI no
REsp 1.135.354/PB**

Números Origem: 20020077473375001 20020077473375002 200802102268

PAUTA: 17/08/2011

JULGADO: 03/10/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **LUIS FELIPE SALOMÃO**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HAROLDO FERRAZ DA NOBREGA**

Secretária

Bela. **VANIA MARIA SOARES ROCHA**

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Sucessões - Inventário e Partilha

ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

RECORRENTE : MARIA JAYDETH MIRANDA
ADVOGADO : ROBERTO COSTA DE LUNA FREIRE E OUTRO(S)
RECORRIDO : ONALDO LINS DE LUNA - ESPÓLIO
ADVOGADO : SEM REPRESENTAÇÃO NOS AUTOS

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia CORTE ESPECIAL, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Felix Fischer não conhecendo do incidente, os votos dos Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Benedito Gonçalves, Mauro Campbell Marques e Raul Araújo, no mesmo sentido, e os votos dos Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti conhecendo do incidente, a Corte Especial, por maioria, não conheceu da arguição de inconstitucionalidade.

Vencidos os Srs. Ministros Relator, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Sidnei Beneti.

Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Votaram com o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Felix Fischer, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Massami Uyeda, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha e Maria Thereza de Assis Moura.

Convocados os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Sidnei Beneti, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Raul Araújo, que se declararam aptos a participar do julgamento.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.



TJDFT Tribunal de Justiça
do Distrito Federal
e Territórios

Órgão : 2ª TURMA CÍVEL
Classe : AGI - AGRAVO DE INSTRUMENTO
N. Processo : 2010 00 2 010207 4
Agravante (s) : VÂNIA MARIA DOS SANTOS e OUTROS
Agravado (s) : ITAMAR JARDIM e OUTROS
Relator Des. : WALDIR LEÔNCIO JÚNIOR
Vogal e Relator
Designado : J. J. COSTA CARVALHO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO DE INVENTÁRIO – NOMEAÇÃO DE INVENTARIANTE – COMPANHEIRA DE LONGA DATA E QUE RESIDIU COM O FALECIDO ATÉ A DATA DO ÓBITO – POSSIBILIDADE – ARTIGO 990, INCISO I, DO CÓDIGO DE PROCESSO – APLICAÇÃO.

1. O artigo 990 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 12.195/2010, estabelece, em seus incisos, a ordem de prioridade para nomeação de inventariante e ainda possibilita que o *“companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste”*, assuma referido encargo.

2. A ausência de dúvida quanto à união estável, comprovada na espécie por meio de escritura pública, aliada a convivência dos companheiros sob o mesmo teto até a data do óbito, possibilita a nomeação da companheira sobrevivente para o cargo de inventariante. Tal circunstância, até prova em contrário, inviabiliza a designação de filho mais velho do falecido, fruto de outro relacionamento e que não estava na posse dos bens no momento da abertura da sucessão.

3. Agravo de Instrumento conhecido e provido. Maioria.

ACÓRDÃO

Acordam os Desembargadores da **SEGUNDA TURMA CÍVEL** do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, **WALDIR LEÔNCIO JÚNIOR** – Presidente e Relator, **J. J. COSTA CARVALHO** e **SÉRGIO ROCHA** - Vogais, em **CONHECER E DAR PROVIMENTO AO RECURSO. MAIORIA**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 02 de fevereiro de 2010

Des. J. J. COSTA CARVALHO
Vogal e Relator Designado

RELATÓRIO

Adoto, de início, o histórico contido no parecer da il. Procuradoria de Justiça de fls. 99/106, *in verbis*:

Cuida-se de agravo de instrumento, com pedido de antecipação da tutela recursal, manejado Vânia Maria dos Santos, por si e representando seu filho, Philippe Santos Lopes Jardim, menor púbere, em face da respeitável decisão que se encontra por cópia às fls. 58/59, pela qual o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília-DF, em sede de inventário requerido pelos ora recorrentes, em virtude do falecimento do Sr. Itamar Jardim Lopes, considerou necessário o prévio reconhecimento da alegada união estável havida entre a recorrente e o de cujus, remetendo a questão a uma das Varas de Família desta Circunscrição Judiciária, nomeando como inventariante, por tal razão, a herdeira mais velha do falecido, Sra. Dulcimar de Gusmão Lopes, que restou intimada para assinar o termo de compromisso.

Sustentam os agravantes, em síntese, que a respeitável decisão merece reforma, haja vista a primeira recorrente ter convivido maritalmente com o Sr. Itamar Jardim Lopes por mais de 20 (vinte) anos e até a data de sua morte, o que se deu em 17 de maio do corrente ano, advindo desse relacionamento o filho Philippe, segundo recorrente.

Frisam que a primeira agravante detém condições de ser nomeada inventariante dos bens deixados por seu companheiro, corroborando seu posicionamento na Escritura Pública Declaratória de União Estável anexada aos autos do inventário, firmada pelos então conviventes e “até esta data inquestionada por quem quer que seja” e também na disposição expressa do art. 990, inciso I, do CPC. Argumentam, assim, restar evidente a desnecessidade de obtenção de declaração judicial acerca da existência dessa relação jurídica, o que asseveram não ter sido buscado no bojo do inventário. Colacionam julgados que entendem amparar a sua tese,

salientando que a manutenção da decisão hostilizada coloca em risco o direito à meação da primeira recorrente, ferindo “indelevelmente” a sua autoestima, haja vista que desceu ao patamar de mera concubina do falecido, circunstância que acaba por também afetar o segundo recorrente “que, depois do falecimento do pai, tem na genitora o seu único referencial”.

Pedem, por tal razão, em sede de antecipação da tutela recursal, a nomeação da primeira recorrente como inventariante dos bens deixados pelo de cujus, ou, caso assim não se entenda, seja o agravo recebido em seu efeito suspensivo, a fim de que a nomeação seja postergada para o momento do julgamento do mérito da presente insurgência, “quanto todos os interessados já terão sido citados e o Ministério Público ouvido”. Requerem, ao final, a confirmação da medida, provendo-se o recurso interposto. Instruem a petição de agravo com os documentos de fls. 15/63.

O preparo encontra-se à fl. 63.

Às fls. 67/68, os agravantes pleitearam a juntada de certidão comprobatória da ausência de citação nos autos do inventário dos demais herdeiros do falecido.

Às fls. 70/72 e documentos de fls. 73/74, a herdeira Dulcimar de Gusmão Lopes atravessou petição informando que os três filhos maiores do falecido não “reconhecem a união estável referida pela Agravante, ao menos não pelo período por ela mencionado”, guardando a Escritura Pública por ela apresentada em Juízo “falsidade parcial”.

Alega que a data tida no documento referido como de início da convivência não condiz com a realidade, configurando verdadeiro ardil da agravante, de modo a que não incidisse nessa união o impedimento disposto no art. 1.641, II, do Código Civil, obstando o seu ulterior acesso à meação.

O eminente Relator, Desembargador Waldir Leôncio C. L. Júnior, às fls. 76/79, indeferiu o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal, por não vislumbrar a verossimilhança das alegações expendidas, recebendo o agravo tão-somente em seu efeito devolutivo.

Às fls. 92/94 e documentos de fls. 95/97, Dulcimar de Gusmão Lopes, Itamar Jardim Júnior e Josimar de Gusmão Lopes, herdeiros do de cujus, ofertaram resposta repisando os argumentos já expendidos na manifestação apresentada pela primeira agravada, como também rebatendo a afirmação dos recorrentes de que a união estável tenha perdurado até a data do óbito do Sr. Itamar.

Afirmam, desse modo, ser devida a manutenção da decisão vergastada, tendo em vista a evidente ausência

de conformidade entre as partes quanto à existência da união estável entre a primeira agravante e o falecido pai dos agravados e seus limites temporais. (fls. 99-102)

Acrescento que o *Parquet* oficiou pelo conhecimento e não provimento do agravo de instrumento.

É o breve relatório.

VOTOS

**O Senhor Desembargador WALDIR LEÔNIO JÚNIOR –
Presidente e Relator**

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do agravo de instrumento.

Na espécie, insurgem-se Vânia Maria dos Santos e Philippe Santos Lopes Jardim (filho do casal) contra a respeitável decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília que, nos autos do Inventário n. 98200-8, nomeou como inventariante dos bens deixados por Itamar Jardim Lopes, a sua filha mais velha, Dulcimar de Gusmão Lopes, ora agravada, ao argumento de que a inventariança não poderia ser deferida em favor da agravante porque esta primeiramente deveria providenciar, no Juízo de Família, o reconhecimento judicial da união estável havida com o *de cujus*, não obstante já houvesse sido lavrada escritura pública nesse sentido (fl. 10).

Além disso, destacou o nobre Magistrado *a quo* que não havia ainda como nomear Vânia Maria dos Santos como inventariante porque se instauraria verdadeira situação de “*incompatibilidade processual*”, haja vista que, no final das contas, a representante do espólio teria que contra este demandar para ver reconhecida a união estável que manteve com Itamar Jardim Lopes.

Em suas razões recursais, os agravantes reputaram desacertada a decisão guerreada porquanto teria ignorado a força probante da escritura pública de fl. 29 e, por consequência, a desnecessidade de pronunciamento judicial a respeito da relação jurídica comprovada *prima facie* e até o momento não impugnada.

Mais a mais, teria havido desconsideração do que dispõe o art. 990, I, do Código de Processo Civil, o qual estabelece que o juiz nomeará como inventariante o companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste.

Por último, aduziram que a nomeação de Dulcimar de Gusmão Lopes colocou a 1ª agravante em “*situação espúria*” (fl. 13), uma vez que agora é esta vista como

mera concubina do falecido no âmbito social e teve a sua credibilidade afetada em relação ao seu filho Philippe, ora 2º agravante.

Os agravados, filhos do *de cujus*, em suas manifestações de fls. 92/94 e 160/163, defenderam a correção da decisão agravada. Para tanto, alegaram que o tempo de convivência previsto na escritura pública de fl. 29, lavrada em 31/08/2004, quando contava o falecido com 73 (setenta e três) anos, não estampa a realidade. Primeiro, porque não especifica a data de início do relacionamento, haja vista que nela consta “*convivem em regime de união estável há mais de 14 (quatorze) anos*”. Segundo, porque o tempo de convivência declarado à época pelos companheiros, por meio da referido documento público, teria sido alterado para garantir o afastamento da regra prevista no art. 258, parágrafo único, II, do Código Civil de 1916, que hoje corresponde ao art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, o qual impõe o regime obrigatório de separação de bens no casamento da pessoa maior de sessenta anos de idade; o que repercutiria na pensão e na repartição dos bens deixados pelo companheiro falecido.

Não bastasse, afirmaram que, quando do óbito, Vânia Maria dos Santos não mais convivia com Itamar Jardim Lopes porque “(...) *há muitos anos eles nem ao menos partilhavam o mesmo leito*” (fl. 93); logo não poderia ser nomeada inventariante.

Esse é o resumo da lide.

Ab initio, não custa referir que não será objeto de apreciação as opções de vida tomadas pelas partes, em especial, no que tange à inventariante nomeada e ao papel que entende a agravante ocupar no seio de sua família e no âmbito social. Malgrado essas opções e fatos tenham o condão de repercutir na esfera íntima das partes, só a elas interessam e em nada contribuem para o desate da causa, *data venia*. Na realidade, o que importante verificar na espécie é se a agravante Vânia Maria dos Santos teve suprimido o seu direito de ser nomeada inventariante dos bens deixados pelo *de cujus*.

Pois bem. A exemplo do que ficou consignado na decisão deste Relator de fls. 76/79, é sabido que a companheira pode ser nomeada inventariante dos bens deixados por seu companheiro, mormente se permaneceu na posse e na administração destes. Por outro lado, não é menos certo que não há qualquer óbice seja a união estável reconhecida nos próprios autos do inventário, desde que não haja oposição dos herdeiros necessários e divergência em relação aos eventuais direitos invocados pela ex-companheira.

Nesse sentido, anota Theotônio Negrão, *in Código de Processo Civil e legislação processual civil em vigor*. 42 ed. – São Paulo: Editora Saraiva, 2010, p. 966: “*A ordem de nomeação de inventariante, prevista no art. 990 do CPC, não apresenta caráter absoluto, podendo ser alterada em situação de fato excepcional, quando tiver o Juiz fundadas razões para tanto, forte na existência de patente litigiosidade entre as partes (...)*”.

No particular, é notória a animosidade existente entre a 1ª agravante e os filhos do *de cujus*, máxime porque, como dito alhures, impugnam estes o tempo de

convivência declarado na escritura pública de fl. 29, bem como o direito daquela de participar da pensão e da repartição dos bens deixados pelo falecido. É evidente, pois, que há entre as partes desavenças e desconfianças, que seriam aptas a tumultuar o andamento do inventário e que justificariam a não indicação de Vânia Maria dos Santos para o cargo de inventariante.

De outra banda, noticiam os autos que Itamar Jardim Lopes, ainda em vida, doou aos seus filhos os imóveis que lhe pertenciam, com garantia de usufruto para si e para a sua ex-companheira, em especial, no que tange ao imóvel utilizado pelo casal como moradia (fls. 121/130). E, embora essas doações não sejam objeto de impugnação, indicam, noutro passo, que tiveram como pano fundo ajuste encetado pelas partes para garantir os direitos da ex-companheira e delinear, ainda em vida, os contornos da repartição entre os herdeiros do patrimônio amealhado pelo falecido. Aliás, segundo alegou Dulcimar de Gusmão Lopes, a ex-companheira, ora agravante, teria aberto previamente mão de sua pretensa parte na herança, o que, inclusive, já seria objeto de retratação noticiada nos autos do inventário (fl. 71). E se não bastasse, os agravados aduziram que, em 1990, o falecido convivia com outra pessoa, o que justificaria o fato de terem os agravantes colacionado como prova da união estável a declaração de imposto de renda de 1992, e não de 1990, ano em que supostamente teria tido início o relacionamento (fls. 131/136).

In casu, pois, é nítida a controvérsia quanto ao tempo de convivência do casal, a qual, de fato, reclama endereçamento a feito autônomo ante a colidência de interesses externada pelas partes. Não se diga que a união estável estaria definitivamente provada (pura e simplesmente) pela escritura pública de fl. 29. Isso porque este documento, embora goze de força probante e seja elemento importantíssimo para o reconhecimento da união estável, é revestido de presunção *iuris tantum*, que pode ser afastada judicialmente.

Por outro lado, tem razão o MM. Juiz *a quo* quando afirma que a indicação da Vânia Maria dos Santos para o múnus de inventariante daria ensejo à “*incompatibilidade processual*”.

O caso em exame realmente traz à tona situação não usual.

A agravante, a despeito da determinação contida na decisão agravada de demonstrar, no prazo de trinta dias, ter ajuizado ação de reconhecimento de união estável, já deixou claro que não tem qualquer interesse em fazê-lo, uma vez que entende estar o relacionamento provado pelo documento público de fl. 29 e que haveria aqui tentativa do MM. Juiz *a quo* de atribuir caráter litigioso ao que já está “pacificado”, ou seja, ao que goza de harmonia entre os herdeiros (fl. 05).

Embora não esteja a agravante obrigada a ajuizar qualquer ação, por óbvio, não se pode esperar que o espólio, eventualmente por ela representado, promova ações contrárias aos interesses dela (agravante). Trocando em miúdos, no caso, não se pode esperar que a sucessão, representada pela agravante, também figure como parte autora de ação

de reconhecimento de união estável em que a própria inventariante é ré. Daí a inviabilidade da nomeação.

Suficiente não fosse, embora os herdeiros tenham se esforçado em afirmar que o ajuizamento da ação de reconhecimento de união estável está a cargo exclusivo da agravante, por força da decisão agravada (fls. 161/162), é evidente que está alegação está nitidamente deslocada da pretensão de ver desconstituída a escritura pública de fl. 29, em especial, no que toca ao tempo de convívio do casal. Ora, ou se aceita que a referida escritura é prova suficiente da união estável havida entre agravante e Itamar Jardim Lopes, ou se parte da premissa de que não é esta declaração válida sequer entre eles e depende de ratificação judicial, solução última esta, diga-se de passagem, incorreta porque inverte a presunção de veracidade da afirmação constante na mencionada escritura pública.

Na realidade, se dúvida existe quanto ao tempo de convivência do casal e quanto ao respectivo regime de bens, devem as partes – se assim entenderem – ir para as vias ordinárias para saná-la. E esse é o propósito da decisão agravada quando afirma que a união estável, para produzir efeitos no bojo do inventário, deve ser objeto de reconhecimento judicial. É dizer, ainda, que o *decisum* não alijou os agravados da prerrogativa de impugnar a escritura pública, se assim entenderem.

Por último, a indicação de Dulcimar de Gusmão Lopes para o cargo de inventariante não merece corrigenda. Fora a discordância da referida inventariante quanto ao reconhecimento da união estável com fulcro na escritura pública de fl. 29, não há nos autos prova de que tenha agido sem diligência na administração dos bens espólio ou de que esteja a desrespeitar eventuais direitos sucessórios dos agravantes.

Ademais, caso haja alteração no panorama fático dos autos principais com o acirramento da divergência existente entre as partes, não qualquer óbice seja nomeado terceiro para representar o espólio de Itamar Jardim Lopes. Aliás, é preferível que o MM. Juiz de 1º grau, na função pacificadora dos interesses e preventiva de litígios, assim o faça.

Correta a decisão agravada.

Ante o exposto, conheço do agravo de instrumento e **NEGO-LHE**

PROVIMENTO.

É o meu voto.

O Senhor Desembargador J. J. COSTA CARVALHO –Vogal e Relator Designado

Conheço do recurso, presentes os pressupostos de admissibilidade.

Cuida-se de **Agravo de Instrumento**, no qual se insurge a agravante contra decisão da lavra do digno Juízo da 1ª Vara de Órfãos e Sucessões de Brasília

que, em sede de inventário, nomeou inventariante dos bens deixados pelo falecido Itamar Jardim Lopes sua herdeira e filha mais velha.

Aduz a agravante, em breve síntese, nutrir direito à nomeação da função de inventariante do patrimônio de seu falecido companheiro, com quem teve filho e conviveu, até a data do óbito, por mais de 20 (vinte) anos, consoante regramento disposto no artigo 990, inciso I, do Código de Processo Civil.

Com a devida *venia* do Eminentíssimo Desembargador Relator Waldir Leôncio Júnior, entendo que o vertente recurso merece acolhida.

Inicialmente, registro que o artigo 990 do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei nº 12.195/2010, aplicável à espécie, não deixa dúvida em relação à ordem de nomeação para o cargo de inventariante. A *legítima verbi* assim proclama:

“Art. 990. O juiz nomeará inventariante:

I - o cônjuge ou companheiro sobrevivente, desde que estivesse convivendo com o outro ao tempo da morte deste;

II - o herdeiro que se achar na posse e administração do espólio, se não houver cônjuge ou companheiro sobrevivente ou estes não puderem ser nomeados;

III - qualquer herdeiro, nenhum estando na posse e administração do espólio;

IV - o testamentário, se lhe foi confiada a administração do espólio ou toda a herança estiver distribuída em legados;

V - o inventariante judicial, se houver;

VI - pessoa estranha idônea, onde não houver inventariante judicial.”

O artigo 1º da citada Lei nº 12.195/2010, por sua vez, também não deixa dúvida acerca da finalidade da norma: ***“assegurar ao companheiro sobrevivente o mesmo tratamento legal já conferido ao cônjuge supérstite no que se refere à nomeação de inventariante.”***

Por conseguinte, resta analisar se a agravante preenche os requisitos exigidos pela norma.

Com efeito, compulsando os autos, verifico existir cópia da Escritura Pública Declaratória de união estável datada de 31.08.2004, registrando convivência há mais de 14 (quatorze) anos entre a agravante e o falecido (fl. 29), bem como cópia da Declaração de Imposto de Renda do *de cujus*, ano-base 1991, atestando a relação de dependência da agravante como companheira (fl. 132).

Por outro lado, os filhos do matrimônio do *de cujus*, ora agravados, não negam a existência da união estável, mas se rebelam quanto ao termo inicial e final. A este

propósito, simplesmente dizem que *“em 1990 o falecido mantinha relacionamento com outra pessoa, somente vindo a manter união com a Agravante tempos depois”* (fl. 71) e *“ainda que se considere que a Agravante tenha mantido com o falecido união estável por determinado período de tempo, tal não mais se verificava quando do óbito deste, pois há muitos anos eles não partilhavam o mesmo leito”* (fl. 93).

Contudo, não se nega que a agravante, por longo tempo, conviveu com o falecido, que ambos residiam no mesmo endereço até seu óbito e que ainda tiveram um filho, nascido em 26.01.1995 (fl. 31).

Deste modo, não vejo como arredar a aplicação do regramento constante do artigo 990, inciso I, do Código de Processo Civil, porquanto a agravante, de fato, residia com o *de cujus* até a data do seu falecimento. Ademais, nas contrarrazões do presente recurso os agravados admitem que *“o óbito se deu durante a madrugada e, justamente o fato de o pseudo casal não dormir mais junto é que impediu a Agravante de verificar o óbito ao acordar.”* (fl. 94)

Ora, discussões acerca da convivência e vida íntima entre a agravante e o falecido não interessam ao presente recurso nem aos autos do inventário. *In casu*, resta saber se, de fato, a agravante manteve união estável com o *de cujus* e se referido relacionamento se estendeu a até seu óbito. Neste particular, consoante visto, não há dúvida acerca da existência da união estável nem da convivência sob o mesmo teto até o falecimento do Sr. Itamar Martins Lopes.

Por conseguinte, vislumbro que a agravante preenche, até prova em contrário, os requisitos para exercer a inventariança dos bens deixados pelo finado Itamar Jardim Lopes.

Em reforço ao entendimento esposado, colaciono os seguintes arestos do e. Superior Tribunal de Justiça que, mesmo antes da inovação trazida no ordenamento jurídico através da Lei nº 12.195/2010, já admitiam a nomeação da companheira para exercer o cargo de inventariante:

“Processual civil. Civil. Decisão que nomeia inventariante. Interposição de agravo de instrumento antes da reclamação prevista no artigo 1.000, inciso II. Possibilidade. Nomeação de inventariante. CPC, art. 990, inc. II. Companheira. Lei 8.971/94. Reconhecimento da condição de herdeira. Impossibilidade, no caso.

I - Estabelecida, assim que iniciado o processo de inventário, disputa pela inventariança, a decisão que nomeia o inventariante desafia, desde logo, agravo de instrumento.

II - No regime do Código Civil anterior, a existência de descendentes retirava da companheira, mesmo que amparada

na Lei 8.971/94, a condição de herdeira, para o efeito do inciso II do artigo 990, do CPC.

III - Recurso especial não conhecido.” (REsp nº: 141.548/RJ, 3ª Turma, DJ: 13.06.2005, p. 286, rel. o em. Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO) – grifei.

“INVENTARIANTE. NOMEAÇÃO DE COMPANHEIRA, ESPOSA ECLESIASTICA.

Não contraria o artigo 990 do Código de Processo Civil, que não se reveste de caráter absoluto, a decisão que mantém como inventariante a pessoa que, casada pelo religioso com o extinto, com ele viveu, em união familiar estável, durante longos anos, tendo o casal numerosos filhos.

Improcedência da impugnação manifestada por alguns dos filhos do leito anterior.

Interpretação a mais razoável da lei federal.

Recurso não conhecido.” (REsp nº: 520/CE, 4ª Turma, DJ: 04.12.1989, p. 17885, rel. o em. Min. ATHOS CARNEIRO) – grifei.

Nesses quadrantes, rogando respeitosa *venia* ao Eminente Desembargador Relator, **DOU PROVIMENTO AO RECURSO**, para, reformando a decisão vergastada, nomear a agravante inventariante dos bens deixados por Itamar Jardim Lopes, procedendo-se como de direito.

É como voto.

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - Vogal

Acompanho o 1º. Vogal.

DECISÃO

Deu-se a provimento ao recurso. Maioria.